

ANA FLÁVIA NOGUEIRA NASCIMENTO

**GUARDANDO DIREITOS E COMPARTILHANDO DEVERES:
um aporte crítico ao estudo do instituto da guarda compartilhada**

CURITIBA

2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

GUARDANDO DIREITOS E COMPARTILHANDO DEVERES:
um aporte crítico ao estudo do instituto da guarda compartilhada

Monografia apresentada pela acadêmica Ana Flávia Nogueira Nascimento ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharela em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Carla Harmatiuk Matos

CURITIBA

2012

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	p. 1
CAPÍTULO 1 – TRANSFORMAÇÕES NO SISTEMA CLÁSSICO.....	p. 4
1.1) Do modelo clássico de família à concepção contemporânea.....	p. 5
1.2) Princípios constitucionais no âmbito da tutela das famílias: a força da igualdade.....	p. 12
1.3) Os novos valores da Constituição de 1988 face ao Código Civil de 2002.....	p. 17
CAPÍTULO 2 – INTERFACES DA TRANSIÇÃO.....	p. 21
2.1) Do direito de visita rumo ao direito à convivência.....	p. 22
2.2) A alienação parental e o extremo do cerceamento do vínculo materno e paterno-filial.....	p. 26
2.3) Relevância da equipe interdisciplinar na ponderação do caso concreto.....	p. 30
CAPÍTULO 3 – ADVENTO E EFETIVAÇÃO DA GUARDA EM SEU EXERCÍCIO COMPARTILHADO.....	p. 34
3.1) Modalidades de guarda no ordenamento jurídico brasileiro.....	p. 34
3.2) Guardando direitos: guarda compartilhada e o atendimento do melhor interesse da criança.....	p. 40
3.3) Compartilhando deveres: guarda compartilhada e a promoção da igualdade entre mulher e homem.....	p. 44
CONCLUSÃO.....	p. 51
BIBLIOGRAFIA.....	p. 54

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo realizar um estudo crítico acerca do instituto da guarda compartilhada, guiando-se pela leitura constitucional do Direito Civil, a qual insere nesta seara a concepção eudemonista de família, e tendo por foco os princípios do melhor interesse da criança e da igualdade de direitos e deveres entre mulher e homem na filiação. Deste modo, serão brevemente analisadas as transformações ocorridas no seio do Direito Civil, desde sua concepção clássica até o seu momento atual de constantes reformulações a partir da Constituição de 1988. Restringindo tal análise, serão verificadas algumas das deficiências no regime unilateral de guardas, mormente a insuficiente concepção de direito à visitação em face de seu atual correspondente, o direito à convivência. Passando pelos temas da alienação parental e da equipe interdisciplinar, será enfocado, por fim, o regime de guarda compartilhada, tanto numa noção mais específica acerca de sua natureza, quanto em suas contribuições para com a realização do melhor interesse da criança e da igualdade entre mulher e homem, concluindo-se por sua harmonia para com o projeto familiar constitucional de concepção eudemonista, mas não podendo prescindir de outros movimentos em busca da realização dos princípios que perpassam tal modalidade.

Palavras-chave: guarda compartilhada, melhor interesse da criança, igualdade de gênero.

ABSTRACT

The present paper withholds the objective of critically studying the institute of joint custody, taking as its guideline the constitutional perspective of Civil Law, which inserts on this field of studies the eudemonistic concept of family, having as its major principles the best interest of the child and gender equality on the child's caretaking regimen between woman and man. Thus, the transformations occurred within Civil Law, from a classical perspective to its present concept of dynamical constitutional reading, shall be construed. In order to restrict such analysis, some of the shortcoming involving the unilateral custody will be verified, as well as the insufficient notion of visiting will be confronted with the prevailing concept of right to acquaintanceship. Pushing forward throughout the themes such as parental estrangement and the role of the interdisciplinary team on this process, this study will focus its attention on the nature of custody, as well as its contributions on fulfilling the best interest of the child and gender equality on the child caretaking duties, therefore concluding that joint legal custody retains a great deal of harmony as to the constitutional project of family in its eudemonistic conception, even though it cannot prescind of further developments from other fields of action in search of fulfilling those principles that pervade such custody modality.

Keywords: joint custody, best interest of the child, gender equality.

AGRADECIMENTOS

Antes de mais, gostaria de agradecer a Deus, por me dar esta oportunidade e me guiar ao longo do caminho, que às vezes parece intransponível, mas que sempre tem uma razão de ser. Do mesmo modo, agradeço ao meu Anjo da Guarda, a Santo Expedito e a Pai Oxóssi por toda a força e luz que me foram dadas para trilhar o caminho deste singelo trabalho que agora se encontra pronto. Foram diversas velas acesas e muita reza, e agora que cumpri meu objetivo vejo que cada pequeno momento teve sua importância.

Sem embargo, há diversas pessoas especiais que me foram essenciais antes, durante e após a feitura deste trabalho, em razão do apoio que ofereceram a mim, em todos os sentidos possíveis. Esperando ter me lembrado de todas, a quem sou muito grata, escrevo estes singelos agradecimentos.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer à minha orientadora, Professora Ana Carla Harmatiuk Matos. A esperança que depositou em mim, mesmo quando a ela eu não fazia jus, foi crucial para que eu pudesse concluir este estudo em tempo. Sua paciência e atenção fogem à regra dos professores comuns, pois a senhora realmente dá sentido à expressão “orientação”, buscando sempre apoiar seus alunos e jamais abandoná-los, mesmo nos momentos em que talvez seria legítimo fazê-lo. É uma professora que, sem dúvida alguma, merece a minha maior admiração, seja pela sua produção acadêmica crítica, seja pela sua atuação profissional militante. À senhora sou imensamente grata por me inspirar durante toda minha trajetória acadêmica na graduação, bem como por abrir meus olhos a uma perspectiva concreta de transformação da realidade a partir do uso do Direito.

Igualmente, agradeço enormemente ao meu companheiro Daniel Fauth Martins. Sua ajuda e sua colaboração foram de tal monta que não vejo meios de agradecer o suficiente e de corresponder à altura de seu enorme apoio, tanto material quando emocional, especialmente nesse intenso período de produção científica. Você é, e disso hoje não tenho dúvida, meu companheiro de vida, o meu amor achado de repente, a quem devo muito da visão crítica que hoje tenho em relação ao mundo, mas sempre com a fé de que existem maneiras pelas quais podemos intervir na realidade e ajudar quem precisa, tarefa à qual não podemos nos furtar nessa nossa curta passagem que chamamos de vida. Enfim, obrigada por

tudo, pelas leituras, pelos conselhos, pelas revisões, pelos aprofundamentos, pelo incentivo e por não desistir de mim (wri).

Agradeço também à minha família próxima, à minha mãe Maria Aparecida e ao meu pai Elias, e à minha linda irmã Maria Luísa. Cada um de vocês tem um impacto diferente, mas igualmente importante na minha vida e para o meu crescimento individual. À minha mãe e pai por sempre me proporcionarem as melhores oportunidades possíveis, principalmente no que diz respeito à minha formação escolar e profissional. Foi graças ao esforço de vocês dois, cada qual com sua valiosa contribuição, que hoje chego onde estou, com muita alegria e gratidão.

E a você, Malu, por ser a melhor irmã que eu poderia sonhar em querer, uma menina que vem se tornando uma mulher forte, segura e militante. Fico muito feliz mesmo em poder conversar com você sobre temas que me são tão caros, e ver o quanto sua mente é aberta a ideias de amor ao próximo e fechada à posições de injustiça e preconceito. Obrigada por todas as conversas, por toda a força, por toda a confiança, enfim, por tudo.

Também agradeço aos meus avós Isabel e Orestes, à minha tia e madrinha Ione, à minha prima Carolina, à minha tia Viviane, ao meu tio e padrinho Luiz Carlos, à minha prima Juliana e ao meu primo Victor. Por todas as energias positivas, todos os momentos de interesse, todos os desejos de boa sorte, tudo muito importante para que eu seguisse em frente no percurso do meu caminho.

Sou grata também ao Dr. Romero Tadeu Machado e ao colega Anderson Mannrich, cuja tolerância e compreensão com minhas falhas no trabalho ao longo desse fatídico ano foram capitais para que hoje eu pudesse estar aqui, completando este trabalho e prestes a me formar Bacharela em Direito. Ao Anderson agradeço ainda pela ajuda material me enviando cópia de sua pesquisa que se desenrolou em área do Direito próxima à minha, a qual me foi muito útil e esclarecedora.

Igualmente, agradeço às minhas colegas Katleen Gorniak e Laís Eurich, pela admirável paciência que tiveram comigo principalmente durante as últimas semanas. Por me ouvirem nas minhas dúvidas, nas minhas inquietações, nas minhas frustrações, e por buscarem me ajudar sempre que possível. Sou muito grata por ver que há pouco tempo vocês também tiveram essa experiência, e que hoje têm a sensibilidade de entender o momento atribulado pelo qual tive que passar.

Também quero agradecer à Bruna Fukuyama, à Suellen Florentino e ao Antonio Goulart Filho pela troca de ideias e materiais, que foi muito significativa para

me inspirar e me incentivar ao longo da feitura deste trabalho. E agradeço na mesma intensidade pela atenção à Thais Pinhata e à Ana Cristina Follmann, que me apontaram o que foi uma luz no fim do túnel quando desistir parecia ser uma opção.

E, por fim, a todas e todos aqueles que de alguma forma contribuíram para que esse momento tão esperado chegasse, deixo aqui registrados meus mais sinceros agradecimentos.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo realizar um estudo crítico do instituto da guarda compartilhada à luz das transformações operadas no Direito de Família pelo advento da Constituição de 1988, focando-se no melhor interesse da criança e no princípio da igualdade de direitos e deveres entre mulher e homem em relação à filiação.

O intuito deste estudo é verificar as razões pelas quais a guarda compartilhada ainda possui aplicação insuficiente em nossa sociedade, bem como angariar bases argumentativas à sua realização, tendo em vista ser esta a modalidade de guarda que denotaria, em tese, maior afinidade com o paradigma da família eudemonista, oriundo dos influxos axiológicos constitucionais.

Cumprе ressalvar, primeiramente, duas premissas metodológicas que guiarão o presente trabalho. Primeiramente, optou-se por adotar a flexão de gênero feminino nos substantivos nos quais a opção corrente seria pelo sujeito universal masculino. E isto porque, sendo um dos nortes desta monografia a igualdade de gênero, levou-se em conta o processo de invisibilização gramatical e social sofrido pelas mulheres, reflexo de uma estrutura mais ampla de reducionismo do sujeito universal ao homem.

Além disso, procurou-se especificar que se trata, aqui, das relações familiares de casais heterossexuais. Malgrado se reconheça os importantes avanços doutrinários, jurisprudenciais, regulamentares e legislativos concernentes à conquista de direitos por parte da população LGBT, o estudo em tela tem por um de seus objetivos demonstrar a disparidade existente na atribuição de deveres na filiação entre mulher e homem, sendo tal recorte tático importante tanto para estreitar o enfoque deste breve trabalho quanto para partir da realidade na qual a desigualdade de gênero aparece de forma mais gritante.

Feitas tais ressalvas, cumpre delinear o percurso a ser seguido nos próximos capítulos. Inicialmente, será feita uma análise das transformações operadas desde a vigência do sistema clássico de Direito Civil, fundado anteriormente numa perspectiva restritiva ao Código Civil e norteado por um viés patrimonialista. Demonstrar-se-á de que forma tal visão foi substituída paulatinamente por uma concepção valorativa cujo cerne é a pessoa, verificando-se os movimentos de descodificação, constitucionalização e repersonalização do

Direito Civil. Ao final desse capítulo, serão analisados os princípios constitucionais que despontam na configuração do Direito de Família enquanto ramo receptivo à inspiração constitucional, bem como os reflexos dinâmicos de tal processo nesta seara.

Afunilando a análise, passar-se-á a um dos institutos que se destaca no campo do Direito de Família como próprio à modalidade uniparental da guarda, qual seja, a visitação. Um panorama será traçado com base na constatação doutrinária da inadequação de tal visão simplista face à necessária convivência da criança e do adolescente para com mãe e pai, a partir do qual se verificará o direito à convivência como dimensão mais apropriada ao atendimento do superior interesse da criança. Nesta senda, será brevemente enfocada a questão da alienação parental, situação cujo risco é inerente a um arranjo familiar onde há desavenças entre mãe e pai. A fim de compreender a complexidade emanada dos regimes de guarda afastados desta noção mais atualizada de convivência, será ressaltada, por fim, a importância da equipe interdisciplinar, como ferramenta necessária à apreensão da realidade por parte das operadoras e operadores do Direito.

No capítulo que fecha este breve estudo serão vistas, primeiramente, as modalidades de guarda, verificando-se, inicialmente, sua natureza enquanto atributo do poder familiar. Posteriormente, serão tecidas considerações críticas acerca das vantagens de sua modalidade compartilhada, notadamente em dois aspectos. De um lado, a análise voltar-se-á ao atendimento do melhor interesse da criança enquanto princípio norteador da guarda, sendo a guarda compartilhada modalidade que efetivaria de forma mais satisfatória tal princípio. Por outro, será feita uma reflexão acerca da pertinência da guarda compartilhada enquanto espécie que permite uma maior realização do mandamento constitucional referente à igualdade de deveres entre mulher e homem no âmbito da filiação.

A conclusão será, desta feita, a de que a guarda em seu exercício compartilhado encontra-se afinada para com a realização da principiologia constitucional, pois gestada dentro de uma perspectiva eudemonista das entidades familiares e orientada pelo arsenal teórico da equipe multidisciplinar. Neste sentido, tal modalidade de guarda traria em si a potencialidade de atender de forma mais satisfatória ao superior interesse da criança e à igualdade de gênero, afastando a possibilidade da alienação parental e aproximando o Direito às demandas da realidade.

Evidentemente, a existência do instituto em si não é o bastante para a realização de uma alteração dos construtos sociais relativos à desigualdade de gênero, visto que estes tem raízes culturais e históricas, sendo a guarda compartilhada, portanto, mais uma porta de entrada ao pleito de igualdade oriundo da realidade, e não podendo prescindir de outras formas de atuação militante voltadas à desconstrução da estruturação patriarcal da sociedade.

1 – TRANSFORMAÇÕES NO SISTEMA CLÁSSICO

Ao estudo que se pretende empreender no presente trabalho é importante tecer algumas considerações iniciais acerca das transformações pelas quais o Direito de Família passou e vem passando desde quando vigorava o CCB de 1916, que compôs o denominado sistema clássico, até os dias atuais, quando não somente vige o CCB de 2002, mas sobretudo a Constituição Federal de 1988.

Parte-se da consideração de que havia o sistema clássico do Direito Civil, extraído da codificação de 1916, no qual o Direito de Família em particular previa um único modelo de família como digno de tutela jurídica. No entanto, hoje se fala em famílias, tanto na doutrina e na jurisprudência como na prática jurídica cotidiana. Deste modo, é de se perceber que o Direito positivado, ao menos minimamente, vem passando por um processo de adaptação¹ à realidade social.

Por isso, intenta-se delinear brevemente os traços principais dessas mudanças, já identificadas por muitas e muitos juristas² há pelo menos duas décadas como as tendências de descodificação, de repersonalização e de constitucionalização do Direito Civil. Tendências tais que afetaram e afetam profundamente a estrutura do Direito de Família, o qual passa inclusive a ter normativas em sede constitucional.

É da Constituição que despontam ao menos quatro princípios chave que moldam a atuação jurídica no âmbito do Direito de Família, como será visto adiante, trazendo a certeza de que a tábua axiológica de referência do ordenamento jurídico é a Constituição. Nessa esteira, o chamado Direito Civil Constitucional significa uma constante releitura, independente de a Constituição datar de 1988 e outras leis serem posteriores, como o próprio CCB de 2002.

Isso porque, nas palavras de Gustavo TEPEDINO:

Parece (...) imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição. E as presentes reflexões (...) querem suscitar (...) resposta a duas indagações (...). A primeira delas: qual o papel

¹ A expressão é precisamente “adaptação”. Nas palavras de Maria Berenice DIAS: “Como a vida não pára quieta, a lei sempre é retardatária, sempre vem depois e tenta impor limites, formatar comportamentos dentro dos modelos pré-estabelecidos pela sociedade”. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. p. 80.

² Embora tal campo de estudos seja constantemente atualizado, algumas e alguns autores tornaram-se marcos consagrados no que se refere à leitura das tendências contemporâneas do Direito Civil, a exemplo de Maria Berenice DIAS, Luiz Edson FACHIN, Paulo Luiz Netto LÔBO, Maria Celina Bodin de MORAES, Gustavo TEPEDINO, entre outros.

do Código Civil quando da sua elaboração e nos dias atuais. A segunda: como compatibilizá-lo, do ponto de vista hermenêutico, com as leis especiais e com a Constituição da República³.

Ao final deste capítulo, assim, verificar-se-á de que forma se realiza o influxo dos novos valores constitucionais em face das velhas noções e instituições presentes no CCB. E isto porque, conquanto este tenha sido promulgado posteriormente à Carta Magna, possui elaboração bastante anterior, como será visto à frente, bem como não escapa totalmente às estruturas tradicionais inerentes a uma perspectiva civilística clássica, cada vez mais superada por conta das constantes transformações logradas pelo pensamento doutrinário, jurisprudencial e pelos movimentos sociais.

1.1) Do modelo clássico de família à concepção contemporânea

O Direito Civil é o ramo do Direito que, em sua conceituação habitual, cuida de regular as relações entre pessoas particulares, fundamentalmente, no dizer das categorias utilizadas por Luiz Edson FACHIN, *o trânsito jurídico, as titularidades e o projeto parental*⁴, que poderiam ser, de maneira simplificada, aproximados com o contrato, a propriedade e a família. Sem adentrar numa incursão histórica até aquilo que culminou em seus moldes atuais, cumpre neste momento apenas referenciar que, desde os movimentos codificadores do século XIX até há muito pouco tempo, o Direito Civil do sistema jurídico romano-germânico⁵ era, utilizando-se a expressão de Maria Celina Bodin de MORAES, *identificado com o próprio Código Civil*⁶.

O movimento codificador, em linhas gerais, tinha em vista superar as inseguranças medievais, através da organização de um *instrumental de garantia das liberdades civis*, consoante pontua Giselda HIRONAKA⁷. A inspiração do Código

³ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Gustavo Tepedino. *Temas de direito civil*. p. 1-2.

⁴ FACHIN, Luiz Edson. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos problemas à Luz de Dez Desafios.

⁵ “É a esse sistema que pertence o direito brasileiro, bem como se filiam todos os direitos que tomaram por base o Direito Romano. (...) Há predominância da lei como fonte do Direito. (...) Essa família estende-se por toda a Europa Ocidental (tanto que ele é chamado direito continental pelos ingleses e norte-americanos), assim como por todos aqueles países de colonização (...)”. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. p.101. E mais adiante: “O Código Civil, sobretudo, é a lei fundamental de todos os povos do sistema romano-germânico”. Idem. p. 122.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*.

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências do Direito Civil no Século XXI*.

Civil era racionalista, individualista e liberalista. Em outros termos, o Código pretendia ser um sistema dotado de completude, unidade e coerência, estabelecendo a subsunção do fato à norma como método de resolução dos conflitos jurídicos que viessem a ocorrer.

Intentando prever respostas a todas as situações que poderiam advir da realidade dos fatos, o Código Civil era tido como a fonte por excelência das regras aplicáveis ao caso concreto. Ademais, o Código concebeu como noção crucial a autonomia da vontade, a qual conferia uma liberdade absoluta ao sujeito abstrato em seus interesses patrimoniais, atribuindo formalidade aos atos jurídicos por visar a uma garantia de segurança⁸.

A despeito disso, como não se ignora, o processo de codificação foi importante à sua época, e inclusive o CCB de 1916 era relativamente adequado ao seu contexto quando de sua entrada em vigor. Contudo, há de se considerar que o Direito como um todo possui profunda dimensão histórica, ao acompanhar com maior ou menor sintonia a evolução da realidade social. Ocorreu que, tendo sido o Direito modernamente identificado à lei, tal evolução da realidade social tendeu a se desajustar com o fenômeno jurídico.

É neste sentido que, não obstante seu parcial êxito em fotografar o quadro relacional da época, o modelo codificado estanque acabou revelando-se insuficiente ante a realidade plural, na qual vicejavam transformações emanadas de movimentos como o feminismo, ou mesmo oriundas da necessidade concreta de releitura de institutos, como no caso do regime de guardas ante um mundo em constantes mudanças.

De fato, as transformações no tecido social ao longo do século XX foram tantas e de tal monta que evidenciavam cada vez mais o caráter engessado do CCB de 1916. Afinal, utilizando-se das palavras do sociólogo Eugen EHRLICH, é inegável que *as relações jurídicas das quais nossos códigos tratam são tão incomparavelmente mais ricas, variadas e cambiantes, que o simples pensamento de esgotá-las num código seria uma monstruosidade. Este estará a cada dia mais antiquado e superado necessariamente pelo direito vivo*⁹.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*.

⁹ EHRLICH, Eugen. O estudo do direito vivo. In: Cláudio Souto e Joaquim Falcão. *Sociologia e direito: leituras básicas à sociologia*.

Os influxos vinham de todas as direções: eram políticos, econômicos, culturais, ideológicos¹⁰. As novas situações aconteciam, e clamavam por respostas jurídicas efetivas, de tal modo que é possível dizer que se iniciou uma verdadeira virada axiológica, um *redirecionamento das relações políticas, econômicas, sociais*¹¹, resultando num *momento de incrível transformação do pensamento jurídico e de crise das instituições*¹².

Nessa conjuntura, iniciou-se a promulgação de leis esparsas para atender a temáticas específicas, cuja importância foi dada pelo princípio da hermenêutica que postula que lei específica afasta a incidência de lei geral. Inauguraram-se verdadeiros microssistemas¹³ legais, *a provocar*, na visão de Francisco AMARAL, *significativa alteração na teoria das fontes e na interpretação do direito*¹⁴. Tal tendência foi sendo identificada como um processo de descodificação do Direito Civil, diante da fragmentação do sistema outrora centrado no Código, o que denunciava a impossibilidade prática de sua pretensa completude. As fontes passaram a ser plurais, devendo ser vencido o reducionismo codificador¹⁵.

Frutos deste movimento são as várias legislações que buscaram, criando aportes dinâmicos ao CCB, abarcar grupos de certa forma alijados do ramo do Direito Civil, ao menos enquanto sujeitos autônomos ou dignos de plena proteção. O Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶, ou ainda mais anteriormente, a Lei do Divórcio¹⁷ são exemplares legislativos que, ainda que afastados no tempo, e ainda fazendo-se a ressalva de ser o ECA um verdadeiro microssistema, buscam suprir faltas ou corrigir distorções no que se refere à situação da criança e da mulher geradas pela codificação clássica. É também da influência de tais normativas e,

¹⁰ “Desde a época de elaboração de nosso Código Civil, (...) tivemos duas guerras mundiais, a Revolução de 1930, o período Vargas, a ditadura militar, o movimento estudantil, o movimento sindical, o movimento *hippie*, a revolução sexual, a inserção da mulher no mercado de trabalho”. MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina*. p. 91.

¹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das Relações de Parentesco. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. p. 101.

¹² HIRONAKA, G. M^{te}. F. N. Obra citada.

¹³ “Os microssistemas são frontalmente paradoxais ao afã codificador da ciência do Direito. Isto é, os microssistemas vêm para comprometer a existência dos códigos. (...) Outro elemento bastante salutar, reputa-se, para a contextualização dos microssistemas, consiste na disseminação de cláusulas gerais. (...) Como se não bastasse a constitucionalização surge como elemento impactante do contexto dos microssistemas”. BRETAS, Hugo Rios. *Microssistemas e suas interações: em busca de uma Teoria Geral dos Microssistemas*. *Revista Âmbito Jurídico*.

¹⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. p. 193.

¹⁵ FACHIN, L. E. A “*Reconstitucionalização*”...

¹⁶ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

muito mais, de tais ideias que serão criadas as bases para o estabelecimento da guarda compartilhada enquanto normativa a ser efetivada na realidade.

Paralelamente, o descolamento entre o sistema jurídico brasileiro e a realidade fática, especialmente no período que sucedeu à ditadura militar, era tamanho que culminou com a promulgação de uma nova Constituição Federal, em 1988. O proceder democrático em sua elaboração conferiu legitimidade a este novo documento que, como lei maior, foi identificado com o topo do ordenamento jurídico. A Constituição se torna o sol inclusive do ordenamento privado¹⁸, à luz de quem todas as outras normas devem ser relidas e ressignificadas, pois é fundamento de validade das leis e seu parâmetro interpretativo. Com sua carga altamente principiológica, a Constituição deve nortear o intérprete e o legislador.

O sujeito da Constituição é relido, não havendo apenas a previsão genérica de suas destinatárias e destinatários, mas diversos dispositivos específicos relacionados à promoção da igualdade de gênero, à promoção da dignidade das filhas e filhos, à proteção da criança e do adolescente etc. A repersonalização, tendência a ser explorada mais a frente, levou em conta os sujeitos concretos e, desta feita, a múltipla teia de desigualdades que permeia a realidade de tais sujeitos, o que, da mesma forma, culminou na busca pela superação dos tradicionais regimes de guarda, colocando-se a promoção da igualdade de gênero e o melhor interesse da criança como fatores que apontam para o instituto da guarda compartilhada, como veremos adiante.

Além disso, percebe-se que a Constituição contemplou normativas concernentes às relações interprivadas, na esteira de outros textos constitucionais elaborados no contexto do chamado Estado Social¹⁹. Isto porque a função da Constituição de tutelar direitos se sobrepôs àquela visão tradicional de ser somente o estatuto jurídico do político, ou de mero documento organizador do Estado, tanto é que o texto constitucional é inaugurado com a matéria relativa aos direitos fundamentais.

¹⁸ Nos termos da conhecida simbologia utilizada por Ricardo Luís LORENZETTI, quando compara o Direito Privado ao sistema solar, em sua obra *Fundamentos do Direito Privado*, à p. 45.

¹⁹ “O Estado social, desenvolvido ao longo do século XX, caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, tendo por fito a proteção dos mais fracos. Sua nota dominante é a solidariedade social ou a promoção da justiça social”. LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. p. 34.

Deste modo, conforme não fugiu à percepção de Maria Celina Bodin de MORAES, os códigos *perderam a posição central que desfrutavam no sistema*²⁰, este que começou a gravitar em torno da Constituição. A Constituição brasileira de 1988 representou uma quebra de paradigma, já que possui um enfoque social e subordina o Direito Civil a esse papel, livrando-o do estigma de proteger o estrito individualismo e a supremacia da propriedade. O documento constitucional passa a ser a *base única dos princípios fundamentais do ordenamento*²¹.

Dentre os diversos princípios que a Constituição estabelece, há que se notar que o maior deles é a dignidade da pessoa humana, prevista logo no artigo 1º:

Título I – Dos Princípios Fundamentais.

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, (...) constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: (...)

III – a dignidade da pessoa humana;²²

Na expressão de Maria Berenice DIAS:

[Este é] o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como **valor nuclear da ordem constitucional**²³.

A dignidade da pessoa humana, *como valor e princípio*, de acordo com Gustavo TEPEDINO, *compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial e da solidariedade social*²⁴. Essa previsão em sede constitucional denotou uma recolocação do ser humano no centro das relações jurídicas, com a mudança de foco do sujeito de direito²⁵ para o indivíduo concreto. Nos termos de Giselda HIRONAKA, *o individualismo liberal (...) cede lugar ao personalismo ético como valor político-social fundante e legitimador, e a pessoa*

²⁰ MORAES, M^a. C. B. de. Obra citada. p. 3.

²¹ MORAES, M^a. C. B. de. Idem. p. 2.

²² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1998.

²³ DIAS, M^a. B. *Manual de...* p. 61. (Grifos no original)

²⁴ TEPEDINO, G. *Normas Constitucionais...*

²⁵ Em relação ao que seria o sujeito de direito, transcreve-se: “(...) sujeito de direitos virtuais, perfeitamente abstractos: animado apenas pela sua vontade, ele tem a possibilidade, a liberdade de se obrigar, designadamente de vender a sua força de trabalho a um outro sujeito de direito. Mas este acto não é uma renúncia a existir, como se ele entrasse em uma escravatura; é um acto livre. (...) A troca de mercadorias, (...), vai ser escondida por “relações livres e iguais”, provindas aparentemente apenas da ‘vontade de indivíduos independentes’”. MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. p. 118.

*humana passa a ser o ponto central do direito*²⁶, em uma atenção mais humanística às relações jurídicas.

Muito em razão da referida tendência de constitucionalização, isso desencadeia aos poucos a quebra da predominância do patrimônio no Direito Civil, este que, na *ordem pré-constitucional (...) ocupava-se essencialmente com as relações patrimoniais – do proprietário, do contratante, do marido, do testador*, segundo Gustavo TEPEDINO pontua com precisão²⁷. Os pilares básicos do Direito Civil deverão ser repensados a partir dessa nova lógica. Em outras palavras, essa verdadeira mudança ecoa no contrato, na propriedade e na família.

No que se refere a esta última, a virada paradigmática volta-se de maneira mais intensa àquelas e àqueles que, antes, desfrutavam de um *status* semi-patrimonial em relação ao chefe de família, ou seja, no que se refere às relações heterossexuais, a mulher e suas filhas e filhos. É nesse sentido que a carta constitucional, longe de manter apenas disposições genéricas acerca da operacionalização da igualdade, apontou de forma principiológico-normativa à promoção daquelas e daqueles, de sua dignidade, de sua autonomia, bem como buscou harmonizar tais relações para com as necessidades de tutela plena da família não mais como meio de manutenção e transferência do patrimônio, mas como comunidade de afeto.

Destarte, os estatutos civilísticos deixam de ser regulamentados como se contivessem um valor em si mesmos, e passam por um processo de funcionalização, pois devem ser instrumento à realização da pessoa em sua plenitude²⁸. O enfoque são os valores existenciais, buscando-se a efetiva proteção ao conteúdo das relações sociais.

É nesse contexto que a realização eudemonista da família seria a marca maior da vontade do legislador constitucional, espraçando-se tal mudança também ao regime de guardas, de sorte a ter na mulher e nas filhas e filhos, como veremos na sequência, sujeitos cuja promoção da igualdade e dignidade receberia reforço a partir do instituto da guarda compartilhada.

²⁶ HIRONAKA, G. M^a. F. N. Obra citada.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional. In: Gustavo Tepedino. *Temas de direito civil*. p. 397.

²⁸ Por exemplo, no Direito de Família em particular, a “imagem da ‘família-instituição’, assim delineada, dá lugar à família funcionalizada à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus componentes, nuclear, democrática, protegida na medida em que cumpra o seu papel educacional”. TEPEDINO, G. Idem. p. 420.

Como visto, na esteira de tais mudanças, advêm transformações que tangem particularmente ao âmbito da família. Muito embora seu modelo jurídico clássico fosse estanque, vez que, nos termos das categorias de Luiz Edson FACHIN, *baseado no matrimônio, na desigualdade entre os sexos, no pátrio poder e na transpessoalidade*²⁹, verifica-se que aos poucos vai se acentuando o caráter eudemonista da família, ou seja, esta passa a ser *direcionada à realização dos indivíduos que a compõem*, consoante identifica Ana Carla Harmatiuk MATOS³⁰. Agora, *não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade*³¹.

Igualmente, em face dos princípios constitucionais, a família deixa de ser hierárquica e centrada no casamento, emergindo do texto da Constituição a igualdade entre filhos e entre mulher e homem, bem como a pluralidade de entidades familiares. E isto porque o afeto e a solidariedade passam a ser a nota identificadora das relações familiares, ultrapassando-se o imperativo da *manutenção [da família matrimonializada] (...) a todo custo, mesmo quando o preço da paz (formal) doméstica fosse o sacrifício individual dos seus membros, em particular da mulher e dos filhos*³², em direção a uma noção pessoalizada da família.

Deste modo, perde o sentido tutelar a família como célula menor do Estado, com função unicamente reprodutora de seus indivíduos, que pretendia fazer jus a um modelo externamente imposto ao invés de buscar seu fundamento nas relações de seu interior. A partir de então, nota-se uma mudança no tocante ao foco que predomina em tal instituição, que passa da formalidade para o afeto recíproco, evidenciando o *importante papel da família para o bem-estar e o desenvolvimento da sociabilidade de seus membros*³³.

Tendo em vista que as *relações de afeto caminham à frente dos projetos familiares e, por isso, conduzem à assunção da responsabilidade pela constituição*

²⁹ FACHIN, Luiz Edson. Projeto do Código Civil – Direito de Família. *Revista CEJ*.

³⁰ MATOS, A. C. H. Obra citada. p. 105. Em nota de rodapé, a autora aprofunda tal referência pontuando que “a concepção de eudemonismo está relacionada com a de utilitarismo” e, com fundamento em Jacques LECLERQ, na obra *As grandes linhas da filosofia moral*, às p. 74-75, acrescenta que o eudemonismo é a moral grega da felicidade.

³¹ FACHIN, Luiz Edson. Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do Novo Código Civil Brasileiro – Intermittências da Vida. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Parte 7.

³² TEPEDINO, G. *A Disciplina...* p. 394-395.

³³ MATOS, A. C. H. Obra citada. p. 98.

das famílias³⁴, o sistema se abre para uma dimensão em que a família passa a ser, na percepção de Luiz Edson FACHIN, *tomada em sua pluralidade, aberta e sociológica*³⁵. Por essa razão, passa-se a clamar *por um direito de família que veicule amor e solidariedade*³⁶, immanentemente constitucional, posto que, antes de se guiar por regras, rege-se pelos princípios da Constituição, num constante devir relativo à realização plena dos direitos daquelas e daqueles que compõem tal comunidade de afeto.

O Direito de Família, portanto, relido a partir da constitucionalização do Direito Civil, passa agora a guiar-se por um norte axiológico vincado na Carta Magna, cuja principiologia pertinente ao presente trabalho será analisada neste momento.

1.2) Princípios constitucionais no âmbito da tutela das famílias: a força da igualdade

Consoante já referido, a Constituição brasileira de 1988 contém normativas atinentes às relações entre pessoas particulares e, em especial, possui previsões específicas acerca da família³⁷. Além das disposições protetivas gerais do artigo 5º, que trata dos direitos fundamentais, salta aos olhos o artigo 226, através do qual a tábua valorativa da família constitucionalizada passa a ter certo delineamento:

Título VIII – Da Ordem Social.

Capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

³⁴ HIRONAKA, G. M^a. F. N. Obra citada.

³⁵ FACHIN, L. E. A “Reconstitucionalização”...

³⁶ FACHIN, L. E. Idem.

³⁷ Título VIII – Da Ordem Social. Capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). Artigos 226 a 230. In: BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1998.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações³⁸.

Muito embora se reconheça que o tecido constitucional prevê uma série de princípios gerais, além daqueles que estariam implícitos e dos princípios especiais próprios das relações familiares, bem como ainda que se tenha em mente que, conforme lembra Maria Berenice DIAS, *cada autor traz uma quantidade diferenciada de princípios*³⁹, a intenção deste momento neste sucinto trabalho é apontar somente alguns dos princípios⁴⁰ que se mostram mais evidentes a partir da leitura dos referidos dispositivos constitucionais que tratam da proteção à família.

Em primeiro lugar, é possível perceber o reconhecimento constitucional do princípio da pluralidade das entidades familiares. Muito embora os dois primeiros parágrafos do artigo 226 tratem do casamento, os dois parágrafos seguintes fazem alusão expressa à união estável e à família monoparental, respectivamente. Não obstante, a inovação não se estendeu somente a essas outras duas formas de se constituir como família⁴¹, já que, segundo advoga Paulo LÔBO, a Constituição admite a *interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas*⁴².

Assim sendo, as hipóteses arroladas no texto constitucional seriam apenas exemplificativas, pois haveria outras tantas configurações familiares possíveis, identificadas através de características comuns às entidades familiares, e não apenas em razão de sua previsão legal. Tais características seriam a *estabilidade*,

³⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1998.

³⁹ DIAS, M^a. B. *Manual de...* p. 59.

⁴⁰ Nesse particular, cumpre transcrever a ressalva de Maria Berenice DIAS: “Não se podem confundir **princípios constitucionais** e **princípios gerais de direito**. Confundi-los seria relegar os princípios constitucionais para uma posição subalterna à lei juntamente com as demais fontes do direito – a analogia e os costumes –, que são invocáveis na omissão do legislador. (...) A norma constitucional está no vértice do sistema”. DIAS, M^a. B. *Idem*. *Ibidem*. (Grifos no original)

⁴¹ “Trata-se de corolário do eudemonismo fundado na liberdade: a função de chancela e promoção da liberdade positiva na autoconstituição coexistencial por meio da família implica a impossibilidade de uma interpretação constitucional que restrinja os modelos de família juridicamente protegidos a um rol exaustivo”. RUZYK. Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e Função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito civil brasileiro*. p. 364.

⁴² LÔBO, P. *Obra citada*. p. 33.

abarcando os relacionamentos em que há comunhão de vida; a *ostensibilidade*, quando a família se apresenta publicamente como tal; e a *afetividade*, como finalidade e fundamento da entidade familiar⁴³.

O chamado princípio do melhor interesse da criança, por outro lado, é previsto a teor do extenso artigo 227⁴⁴, o qual evidencia, entre outras coisas, que a criança e o adolescente dispõem de proteção prioritária, dada sua *condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*, nos termos do § 3º, inciso V do dispositivo mencionado⁴⁵. Muito embora se tenha ciência de que a expressão em comento advenha da noção anglo-saxã de *best interest of the child*, cuja tradução literal é precisamente “melhor interesse da criança”, é evidente que o princípio busca proteger não apenas a criança nos termos em que a define o ECA⁴⁶, como também o adolescente.

Ainda, o artigo 227 da Constituição elenca expressamente, em seu § 6º⁴⁷, o princípio da igualdade entre os filhos, de maneira a restarem proibidas as designações discriminatórias, típicas do sistema clássico, o qual despendia tratamento pejorativo às filhas ou filhos tidos fora do casamento e àquelas ou aqueles adotivos. Não mais se cuidará de cogitar da legitimidade ou não do filho, pois se reconhece que a relação materno e paterno-filial independe da espécie de relacionamento havido entre seus genitores.

⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Jus Navigandi*. Parte 1.

⁴⁴ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (...)”. In: BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1998.

⁴⁵ “Art. 227. (...) § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: (...) V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; (...)”. In: BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1998.

⁴⁶ “Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. In: BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Brasília, 1990.

⁴⁷ “Art. 227. (...) § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. In: BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1998.

Também sobrevém o princípio da igualdade de gênero⁴⁸, que será mais bem explorado ao final deste trabalho. A igualdade entre mulher e homem é frisada no âmbito das relações familiares, visto que, além do disposto no artigo 5º, inciso I da Constituição⁴⁹, o § 5º do artigo 226 busca eliminar as discriminações de gênero também em relação ao exercício de direitos e deveres na sociedade conjugal. A expressão utilizada é “sociedade conjugal” precisamente porque o sistema clássico do Direito de Família, o qual, como visto, conferia efeitos jurídicos apenas à família formada pelo casamento, previa uma série de regras que diminuía a mulher⁵⁰. Não obstante, há que se interpretar extensivamente o dispositivo, de modo que a igualdade de gênero paute a vivência de todos os tipos de entidades familiares.

Consoante é possível vislumbrar, os contornos contemporâneos da família, que existem para proteger a pessoa concreta na experiência familiar, esta agora constitucionalizada, pautam-se na igualdade. Afinal, como bem percebeu Paulo LÔBO, *nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares*⁵¹.

Portanto, o Direito de Família vai buscando se afastar da lógica patriarcal, na qual se tutelava a instituição através do reconhecimento do homem em sua autoridade como chefe da sociedade conjugal, em detrimento da mulher e das filhas

⁴⁸ Em relação ao referencial semântico da expressão “gênero”, Leticia SABSAY nos explica mais detalhadamente: “O termo ‘gênero’ nasce no campo da psicologia e da sexologia norte-americanas durante a década de 1960, e em suas origens, trata-se de uma categoria que, dentro de seu campo de formação, desenvolveu-se com fins notadamente normativos. (...) (V. Stolke, ‘La mujer es puro cuento: la cultura del género’, em *Estudios feministas*, vol. 12, nº (mayo-agosto), Florianópolis, 2004, pág. 85). Remarcando o caráter normativo que em suas origens postulava a noção de gênero em relação ao sexo, Verena Stolke reforça: ‘Nas últimas três décadas de teorização feminista este vocábulo tornou-se tão ubíquo como ambíguo mas, surpreendentemente, não existe uma história semântica de suas origens, nem de seus significados, nem de suas várias abordagens (...). Esta construção biomédica de gênero é relevante para entender as dificuldades epistemológicas na teoria feminista com a conexão entre gênero e sexo’. (Stolke, *ibid.*, p. 77)”. SABSAY, Leticia. *Fronteras sexuales: espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*. p. 41.

⁴⁹ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)”. In: BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1998.

⁵⁰ “A mulher é vista como relativamente incapaz (art. 6º); o marido é o chefe da sociedade conjugal (art. 233) (...); a mulher assume necessariamente os apelidos do marido (art. 240); a manutenção da família é dever exclusivo do marido (art. 233, IV)”. MATOS, A. C. H. Obra citada. p. 27. Os artigos de lei indicados pela autora referem-se ao Código Civil Brasileiro de 1916.

⁵¹ LÔBO, P. Obra citada. p. 65.

e filhos⁵². Ao mesmo tempo, a apreensão jurídica acerca das famílias adquire cada vez mais traços de igualdade material, ou seja, de igualdade substancial.

Em outros termos, a igualdade em questão não é apenas formal, perante a lei, mas se insere no sentido de isonomia, de paridade. Admitem-se as diferenças naturais e culturais, mas não mais as discriminações, considerando que, conforme mais uma vez pondera Paulo LÔBO, *as diferenças não podem legitimar tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família*⁵³.

São tais valores constitucionalmente garantidos que guiam a compreensão e interpretação da família na contemporaneidade, na qual perdem significado as relações familiares meramente institucionais⁵⁴, por assim dizer, despidas de pessoalidade. Como visto, embora as filhas e filhos sejam colocados no foco da proteção familiar, todos os membros da família fazem jus à realização pessoal.

No que pertence ao presente estudo, cumpre frisar que tal percepção é importante especialmente quando se pensa na mulher, que antes era depreciada pelas regras do Direito Civil. A mulher também deve se realizar nos campos de sua vida, seja pessoal ou profissionalmente, e a família compreendida como entidade em que predominam laços de solidariedade deve ter tal realização em vista. Precisamente porque, nos dizeres de Maria Berenice DIAS:

O princípio da solidariedade familiar, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de **conteúdo ético**, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a **fraternidade** e a **reciprocidade**⁵⁵.

Em suma, considerando que, consoante expõe Carlos Eduardo PIANOVSKI, *a função da família residiria no oferecimento do espaço para a autoconstituição da pessoa, no exercício da liberdade de coexistir*⁵⁶, pois é na coexistência que pressupõe a liberdade que a pessoa se forma para a convivência social⁵⁷, a família

⁵² São colocações acerca da visão patriarcal feitas por MATOS, A. C. H. Obra citada. p. 23-24.

⁵³ LÔBO, P. Obra citada. p. 67.

⁵⁴ “[No modelo clássico] a comunidade familiar prevalece como instituição, desconsiderando a realização pessoal de seus membros (...), importando mais como “unidade reprodutiva” do que como “unidade afetiva”, e delineando-se como veículo de transmissão patrimonial”. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e condição feminina. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *A construção de novos direitos*. p. 281.

⁵⁵ DIAS, M^a. B. *Manual de...* p. 66. (Grifos no original)

⁵⁶ RUZYK, C. E. P. Obra citada. p. 345.

⁵⁷ RUZYK, C. E. P. Idem. Ibidem.

deve, em sua vivência cotidiana, afluir para a dignificação seja da criança, seja do adolescente, seja da mulher, seja do homem.

1.3) Os novos valores da Constituição de 1988 face ao Código Civil de 2002

Como é sabido, a Constituição vigente hodiernamente no Brasil foi promulgada em 1988, e o CCB vigorante data de 2002. Nada obstante, a partir de uma mirada superficial sobre o texto da atual codificação é possível perceber que o Código não veio inteiramente repensado à luz dos valores constitucionais, como se poderia supor. O projeto do CCB de 2002 é antigo, surgido na segunda metade do século XX, e muito embora tenha sofrido diversas reformas até a edição final da lei, é grande seu distanciamento com a realidade.

Assim, o advento de tal lei, ainda que posterior, não elimina a necessidade de sua constante releitura constitucional, muito pelo contrário. No desabafo de Gustavo TEPEDINO:

Mostra-se inquietante que setores nostálgicos do voluntarismo queiram aproveitar a chegada do Novo Código para considerar desnecessário, a partir de agora, todo o esforço hermenêutico de compatibilização das fontes normativas em torno da Constituição da República⁵⁸.

No mesmo sentido pontua Luiz Edson FACHIN, o qual entende que *um Código Civil (e por isso, o “novo” Código Civil Brasileiro) é uma operação ideológica e cultural que deve passar por uma imprescindível releitura principiológica, RECONSTITUCIONALIZANDO o conjunto de regras que integre esse corpo de discurso normativo*⁵⁹.

A título de exemplo, verifica-se que, ainda que o CCB de 2002 não previsse originalmente a modalidade compartilhada da guarda de filhos, esta que só foi acrescentada ao texto codificado com lei específica datada de 2008⁶⁰, o exercício da também chamada guarda conjunta continuava perfeitamente possível juridicamente, desde o advento de novos valores a nortear a família com a Constituição de 1988.

É que a tutela realizada pela Constituição não tem pretensões totalizantes, ao contrário do Código, mas demonstra-se especialmente através de princípios.

⁵⁸ TEPEDINO, G. *Normas Constitucionais...*

⁵⁹ FACHIN, L. E. A “*Reconstitucionalização*”... (Grifos no original)

⁶⁰ Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, diploma legal este que será mais bem tratado adiante.

Cumpra neste momento fazer uma alusão ao lembrete de Luiz Edson FACHIN, o qual adverte que *de certa maneira, a Constituição também não pode ser transformada num macrocódigo e, por isso, falamos em constitucionalização substancial do Direito Civil e não apenas formal*⁶¹. Sendo assim, os valores inspiradores da Constituição devem ser efetivados na aplicação do Código nas relações da vida, como com a revogação tácita das previsões codificadas que ferem a Constituição, a exemplo daquelas injustificadamente discriminatórias ou excessivamente patrimonialistas em detrimento da pessoa humana.

Igualmente, as omissões do legislador devem ser suplantadas mediante a aplicação direta dos princípios constitucionais, haja vista que, conforme entende Maria Celina Bodin de MORAES, *mesmo quando o legislador ordinário permanece inerte, devem o Juiz e o Jurista proceder ao inadiável trabalho de adequação da legislação civil, através de interpretações dotadas de particular “sensibilidade constitucional”*⁶². Ainda que haja divergências quanto à possibilidade de tal exercício, predomina que isso é válido também no âmbito do Direito Privado, o que se fundamenta na compreensão de que *os princípios constitucionais – considerados leis das leis – deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional, desprovidos de força normativa. (...) Adquiriram **eficácia imediata** e aderiram ao sistema positivo*⁶³.

Conforme leciona o constitucionalista Walter ROTHENBURG:

Os princípios são dotados de um elevado grau de abstração – o que não significa impossibilidade de determinação – e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrados por meio de interpretação/aplicação, sobretudo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas, como decisões judiciais e atos administrativos)⁶⁴.

Assim sendo, a aplicação direta dos princípios constitucionais seria uma maneira de preencher as lacunas inevitáveis da lei, que nunca está exatamente conforme à realidade, mesmo porque sempre haverá diversas situações novas no seio social reclamando soluções jurídicas.

⁶¹ FACHIN, L. E. *Projeto do Código Civil – Direito de Família*.

⁶² MORAES, M^a. C. B. de. Obra citada. p. 14.

⁶³ DIAS, M^a. B. *Manual de...* p. 56. (Grifos no original)

⁶⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. p. 17-18.

A necessidade de releitura é perene, visto que a Constituição é a referência primordial, tanto para o legislador, que deverá prezar pela constitucionalidade formal e material quando da elaboração de normas infraconstitucionais, quanto para o intérprete, que precisará efetivamente interpretar o conteúdo das leis, o qual será, nas palavras de Paulo LÔBO, *conformado, delimitado e densificado pelos princípios e normas constitucionais*⁶⁵.

A questão é, como defende Gustavo TEPEDINO, a *inserção permanente e contínua da tábua axiológica constitucional nas categorias do direito privado, processo que se intensifica com o advento de novos diplomas legislativos, codificados ou extracodificados*⁶⁶, precisamente tendo em vista que *numa sociedade de identidades múltiplas, (...) o reconhecimento da complexidade se abre para a ideia de reforma como processo incessante de construção e reconstrução do Direito*⁶⁷.

Nessa esteira de pensamento, a respeito do movimento de constitucionalização, é mister relembrar, conforme o faz Ana Carla Harmatiuk MATOS, que *a fundamentação desta tendência do Direito Civil compreende a Constituição não apenas como um corpo de leis, mas, ao revés, como um espaço de luta pelos valores mais caros de uma sociedade*⁶⁸.

No mesmo sentido entende Luiz Edson FACHIN:

A “constitucionalização” (...) não se resume ao texto formal (...), mas passa pela dimensão substancial da Constituição e alcança uma visão prospectiva dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, num processo contínuo e incessante de prestação de contas à realidade subjacente ao direito⁶⁹.

Daí se pode depreender que, sem embargo de ser próprio à principiologia constitucional certo grau de abstração, a incidência de tal rol axiológico sobre a realidade tem efeitos materiais, no sentido de, a partir do dever-ser, direcionar, de forma sensível ao caso concreto, a solução das questões postas ao Direito, não visando a uma simples pacificação social, mas sim a uma efetiva promoção dos

⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Obra citada. p. 177.

⁶⁶ TEPEDINO, G. *Normas Constitucionais...*

⁶⁷ FACHIN, L. E. *Paradoxos do...* Parte 7.

⁶⁸ MATOS, A. C. H. Obra citada. p. 103.

⁶⁹ FACHIN, L. E. A “Reconstitucionalização”...

valores plasmados na Constituição, sendo tal movimento um processo dinâmico e inesgotável, pois tem em sua fonte a complexidade de nossa sociedade.

2 – INTERFACES DA TRANSIÇÃO

Evidentemente, a fisionomia constitucionalizada do Direito Civil até agora contornada não surgiu de alguma espécie de ruptura brusca. Trataram-se e ainda se tratam de construções doutrinárias, jurisprudenciais, legislativas, de modo que houve e há, por assim dizer, conquistas intermediárias, a sinalizar o processo de transição paradigmática. Afinal, pouco adianta tão somente a pretensão de mudar o corpo normativo se a cultura social está arraigada em valores do passado. Assim, devem ser modificadas a prática e a teoria do Direito a partir de enfoques multidisciplinares.

Um exemplo emblemático dentro dessa trajetória de transformações consiste no direito de visita, que é o que se buscará tangenciar no presente capítulo. Ao lado, serão abordados, sem intenção de esgotá-los, temas que lhe são conexos, quais sejam, a alienação parental, muito propiciada quando a mãe ou o pai detém a guarda exclusiva do filho, bem como a questão da relevância do trabalho da equipe interdisciplinar dos foros de Família.

Foi-se percebendo as insuficiências do instituto da visita, que se encontrava em descompasso com a realidade, de maneira que hoje muitas e muitos doutrinadores entendem ser mais acertado falar em direito à convivência (como Maria Berenice DIAS) ou em direito de contato (como Paulo LÔBO), consoante será visto na sequência. Isso porque a própria Constituição de 1988, no *caput* de seu artigo 227, assegura à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária, senão veja-se:

Título VIII – Da Ordem Social.

Capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)⁷⁰

Igualmente, será aprofundada na sequência deste capítulo a temática da alienação parental. Há inclusive lei a esse respeito, editada em 2010⁷¹, tratando

⁷⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1998.

⁷¹ Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que será mais bem vista abaixo.

sobre as consequências jurídicas de tal comportamento. É uma prática que, se por vezes aflige o instituto da visita, tem resultados nefastos para a necessária convivência da filha e do filho com sua mãe e pai.

Ante a dificuldade prática de identificar a alienação parental ou de mensurar seu grau, ou ainda de buscar evitá-la, embora não apenas em função disso, advém a importância do trabalho da equipe interdisciplinar, formada por psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais. É também nessa medida que o novo Direito de Família comporta uma abertura, pois é acessível a novos campos do saber, que ultrapassam o jurídico, tendo por norte a realização pessoal de cada um dos membros da família.

2.1) Do direito de visita rumo ao direito à convivência

Cumprir iniciar a presente seção deste trabalho destacando que o direito de visita somente faz sentido em havendo uma situação de guarda unilateral de uma criança ou de um adolescente. Aqui se usará as adjetivações “unilateral”, “uniparental”, “única” e “exclusiva” como sinônimas em relação à caracterização deste modelo de guarda. Como será mais bem examinado na sequência, a guarda unilateral é uma das modalidades de guarda previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por ora parece o bastante pontuar que a guarda é um dos atributos do poder familiar, sendo, nas palavras de Mário Aguiar MOURA, *dever que supõe não só a presença física do detentor, pai ou mãe, mas a presença na educação e na formação do menor*⁷². A guarda em sua modalidade unilateral é aquela exercida exclusivamente por, geralmente, a mãe ou o pai da criança ou do adolescente em questão.

A visita pressupõe um afastamento prévio, que só acontece em relação à mãe ou ao pai não guardião, não havendo que se cogitar em direito de visita em favor de quem detém a guarda imediata da criança ou do adolescente. O direito de visita, no dizer de Paulo LÔBO, *é a contrapartida da guarda exclusiva*⁷³. Ou seja, ele

⁷² MOURA, Mário Aguiar. Guarda do filho menor. *AJURIS*. p. 15. *Apud* CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada*. p. 46.

⁷³ LÔBO, P. Obra citada. p. 196.

é um direito conferido à mãe ou ao pai que não detém a guarda única da filha ou filho.

Sem embargo, como entende a maioria da doutrina brasileira, o direito de visita pode também ser concedido em favor de outros familiares, como avós ou tias e tios, nos termos do Enunciado 333 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: *O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse*⁷⁴. Nesses casos, inclusive não apenas pode como deve haver a concessão da visita, considerando que é o superior interesse da criança o princípio máximo que norteia a interpretação de casos que envolvam crianças ou adolescentes.

Em se tratando do histórico da previsão legislativa do instituto do direito de visita no ordenamento pátrio, serão tecidas brevíssimas considerações. Em plena vigência do sistema clássico do Direito de Família previu-se o direito de visita quando da regulamentação acerca do desquite, através do Decreto-Lei nº 9.701/1946⁷⁵. Outras tratativas vieram com o Estatuto da Mulher Casada, a Lei nº 4.121/1962⁷⁶, que alterou pontualmente o CCB de 1916 dispondo novamente sobre a hipótese de concessão da guarda em caso de ruptura matrimonial, aos moldes do Decreto-Lei que a antecedeu. Não obstante, foi a chamada Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/1977⁷⁷, que recomendou alguns parâmetros acerca da visitação.

O CCB atual, de 2002, cuida do direito de visita em seu artigo 1.589. Exceto o parágrafo único de tal dispositivo, o qual foi acrescentado muito recentemente para abarcar a extensão do direito de visita às e aos avós, conforme sinalizado acima, é

⁷⁴ LÔBO, P. Idem. p. 198.

⁷⁵ "Art. 1º. No desquite judicial, a guarda de filhos menores, não entregues aos pais, será deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem entretanto será assegurado o **direito de visita** aos filhos". In: BRASIL. Decreto-Lei nº 9.701, de 3 de setembro de 1946. *Dispõe sobre a guarda de filhos menores, no desquite judicial*. Brasília, 1946. (Grifou-se)

⁷⁶ "Art. 1º. Os artigos (...), 326, (...) do Código Civil (...), passam a vigorar com a seguinte redação: x 'Art. 326. (...) § 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o **direito de visita**'. In: BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. *Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada*. Brasília, 1962. (Grifou-se)

⁷⁷ "Art. 15. Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão **visita-los** e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação". In: BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. *Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências*. Brasília, 1977. (Grifou-se)

possível perceber que se trata de uma previsão superficial e nos termos do que a própria Lei do Divórcio dizia, conforme se transcreve abaixo:

Título I - Do Direito Pessoal

Subtítulo I - Do Casamento

Capítulo XI - Da Proteção da Pessoa dos Filhos

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011)⁷⁸

Assim sendo, em 2005, uma reforma no Código de Processo Civil trouxe um conceito geral no que se refere ao regime de visitas, que está disposto no artigo 1.121, § 2º do diploma processual, consoante citação a seguir:

Título II - Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária

Capítulo III - Da Separação Consensual

Art. 1.121. (...)

§ 2º - Entende-se por regime de visitas a forma pela qual os cônjuges ajustarão a permanência dos filhos em companhia daquele que não ficar com sua guarda, compreendendo encontros periódicos regularmente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos. (Incluído pela Lei nº 11.112, de 2005)⁷⁹

Nada obstante, essa previsão com sede no direito instrumental é criticada por doutrinadores a exemplo de Maria Berenice DIAS, para quem *a definição de um instituto de direito das famílias na lei processual é de todo descabida*⁸⁰.

Fato é que a legislação não trata de tal instituto com detalhes, contudo, como se sabe, o regime de visitas é acordado pela mãe e pelo pai ou, em caso de divergência, a juíza ou juiz do caso estabelece os moldes da visitação. Sem embargo, o modelo tradicional é aquele chamado de visitação em finais de semana alternados, segundo o qual a mãe ou o pai não guardião tem o direito de visitar a filha ou filho por um fim de semana a cada quinze dias⁸¹.

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, 2002.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Brasília, 1973.

⁸⁰ DIAS, M^a. B. *Manual de...* p. 405.

⁸¹ Colaciona-se ementa de jurisprudência exemplificativa: AGRADO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. DIREITO DE VISITAS. REGULAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE RAZÕES QUE PROÍBAM AS VISITAS DO PAI. FIXAÇÃO DAS VISITAS EM FINAIS DE SEMANA ALTERNADOS. CONVIVÊNCIA EM MOMENTOS DE LAZER COM AMBOS OS GENITORES. 1 - Aquele que não possuir a guarda do filho menor tem o direito de visitá-lo. **Se ambos os pais trabalham, as visitas devem ser deferidas**

Visivelmente, não é uma configuração que estimula a continuidade do vínculo materno e paterno-filial. Salvo alguns casos excepcionais, não necessariamente atende ao interesse da mãe e do pai, e com menos probabilidade ainda atende ao superior interesse da criança, inclusive em razão da previsão constitucional de garantia do direito à convivência familiar para as crianças e os adolescentes, contida no *caput* do artigo 227, conforme visto alhures. Tal modelo não deveria ser a regra, visto que ambos os pais devem efetivamente participar do cotidiano dos filhos, compartilhando não apenas as questões corriqueiras de sua criação, como uma visitação quinzenal tão somente propicia, mas todas as situações que busquem ao máximo o benefício e a realização da criança ou do adolescente.

Portanto, é de se entender, nos termos do que advoga Priscila Corrêa da FONSECA, que o direito de visita *não compreende, ao contrário do que possa parecer, apenas o contato físico e a comunicação entre ambos, mas o direito de o progenitor privado da custódia participar do crescimento e da educação do menor*⁸². E, na sequência, a autora acrescenta que se trata *de uma forma de assegurar a continuidade da convivência entre o filho e o genitor não-guardião, ou seja, o vínculo familiar, minimizando, assim, a desagregação imposta pela dissolução do casamento*⁸³.

Nessa esteira, a partir de uma visão contemporânea parece mais pertinente falar em direito à convivência, conforme entende Maria Berenice DIAS, para quem a *visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é **direito do próprio filho** de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial*⁸⁴. Continua a autora ponderando que talvez *o melhor seria o uso da expressão **direito de convivência**, pois é isso que deve ser preservado mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto*⁸⁵. No mesmo sentido, é a doutrina de Paulo

em fins de semana alternados, de forma a propiciar que ambos os genitores possam desfrutar de momentos de lazer com a menor. 2 - Se a mãe, com quem a filha reside, se transfere para outra localidade, e inexistindo razões plausíveis a proibir as visitas paternas, deve ser mantida a decisão de 1º grau que conferiu ao pai o direito de visitas nos finais de semana, com a ressalva de serem feitas em períodos alternados, a fim de se garantir momentos de lazer entre a infante e seus genitores. (TJ/MG, Agravo de Instrumento Cível nº 0422033-96.2011.8.13.0000, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Washington Ferreira. Julg. em 04.10.2011. Publ. em 14.10.2011). (Grifou-se)

⁸² FONSECA, Priscila Corrêa da. Síndrome de Alienação Parental. *Revista IBDFAM*.

⁸³ FONSECA, P. C. da. *Idem*.

⁸⁴ DIAS, M^a. B. *Manual de...* p. 405. (Grifos no original)

⁸⁵ DIAS, M^a. B. *Idem*. *Ibidem*.

LÔBO, que frisa ser *mais correto dizer direito à convivência, ou à companhia, ou ao contato (permanente) do que direito de visita (episódica)*⁸⁶.

Deste modo, o entendimento acerca do direito de visita deve ser em tal sentido que se o perceba como um direito à convivência, do filho para com os pais. E isso à luz do princípio do melhor interesse da criança, o qual, muito embora não tenha definição precisa de antemão, como será mais bem abordado adiante, sem dúvidas compreende o direito à convivência familiar e comunitária.

Daí se infere também que o direito à convivência se distingue do direito de visita justamente em seu conteúdo semântico, o que é muito importante. Evidentemente que apenas alterar o nome do instituto sem modificar sua aplicação é inócuo, porém, no entender de Anderson MANNRICH, *o direito de visitas carrega implicitamente a informação de que é um direito do genitor não guardião, mediante o cumprimento de horários fixos predeterminados, de ver seu filho*⁸⁷. Por outro lado, pondera o autor que

o direito à convivência traz em seu bojo a noção de ser um direito da criança, de permanecer com ambos os pais, pelo máximo período de tempo que seja possível, considerando as rotinas de cada um, recebendo de ambos, os costumes e os valores imprescindíveis para a formação do caráter e preparação para a vida durante a infância e adolescência⁸⁸.

Enfim, a percepção do direito de visita como um direito que busca beneficiar a criança e o adolescente, de modo que haja uma ampliação do regime de visitas, parece ser o caminho para garantir uma real convivência materno e paterno-filial. E se os pais lidarem bem com a situação do direito de visita elastecido, é possível que o quadro evolua para o que seria identificado como uma guarda compartilhada de fato, ainda que não estabelecida ou homologada judicialmente. Tal temática será apreciada com mais cuidado no próximo capítulo.

2.2) A alienação parental e o extremo do cerceamento do vínculo materno e paterno-filial

⁸⁶ LÔBO, P. Obra citada. p. 196.

⁸⁷ MANNRICH, Anderson. *Do direito de visitas à convivência: o direito contemporâneo em busca da tutela das relações familiares*. p. 32.

⁸⁸ MANNRICH, A. Idem. Ibidem.

Um dos percalços que se apresentam àqueles que trilham as modalidades de guarda é a alienação parental. Embora não tenha uma relação direta com um regime específico, a alienação parental mostra-se um risco inerente ao rearranjo do núcleo familiar da criança ou do adolescente, uma vez que, não raro, o contexto de desavença que por vezes permeia as rupturas familiares acaba se mostrando como terreno fértil de onde brotam consequências negativas, estas que também se espalham à prole do casal. É neste sentido que a análise da alienação parental e sua relação com determinados regimes de guarda apresenta-se como necessária, vez que tal possibilidade não pode ser olvidada pela e pelo jurista em seu empenho na garantia da realização do melhor interesse da criança.

Em termos de conceituação, pode-se dizer com base em François PODEVYN que a alienação parental é prática promovida pela mãe ou pelo pai *que consiste em programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa*⁸⁹. Segundo Maria Berenice DIAS, *é um fenômeno que não é novo, mas que vem sendo identificado por mais de um nome: **alienação parental** ou implantação de **falsas memórias***⁹⁰.

A expressão “alienação parental” foi cunhada pelo psicólogo norteamericano Richard Gardner, em obra publicada em 1985⁹¹. Como modo de proceder, é a reiterada campanha em difamar a imagem do outro pai ou mãe, geralmente aquela ou aquele que é o guardião. O resultado acaba sendo, na maioria das vezes e, se não houver intervenção a tempo, o afastamento entre o chamado pai alienado e o filho, em razão desse comportamento depreciativo por parte do denominado pai alienante ou alienador. Todavia, como não é difícil concluir, a vítima dessa situação nefasta é sempre a criança ou o adolescente. Conforme examina Douglas DARNALL: *O que tudo isto resulta para as crianças? Constitui um círculo vicioso que deve ser evitado e interrompido*⁹².

Em relação à definição do que seja a alienação parental, cumpre transcrever as palavras de Patrícia Pimentel RAMOS, que prefere adotar a definição legal:

⁸⁹ PODEVYN, François. *Síndrome de Alienação Parental*.

⁹⁰ DIAS, M^a. B. *Manual de...* p. 418. (Grifos no original)

⁹¹ “Em 1985, o Professor Richard Gardner, especialista do departamento de Psiquiatria da Universidade de Colúmbia e perito judicial, publicou um artigo sobre o assunto no contexto de divórcios litigiosos e guarda”. MANNRICH, A. Obra citada. p. 22.

⁹² DARNALL, Douglas. *Uma definição mais abrangente de Alienação Parental*.

É a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (art. 2º da Lei 12.318/2010)⁹³.

A prática da alienação parental pode ser consciente ou até mesmo inconsciente. Nos termos do que entende, novamente, Patrícia Pimentel RAMOS,

O alienador é uma pessoa egoísta e age pensando em si próprio sem se dar conta que está prejudicando o filho. Todavia, como em qualquer problema mental que se tenha, reconhecer os erros e as próprias deficiências, bem como a necessidade de tratamento, é um avanço considerável, e muitas vezes o alienador não chega a esse estágio de evolução da sua própria “doença”⁹⁴.

Ao mesmo tempo, a alienação parental pode ser uma atitude em si como também uma omissão. A esse respeito, Priscila da FONSECA discorre no sentido de que a alienação parental *é obtida por meio de um trabalho incessante levado a efeito pelo genitor alienante, muitas vezes, até mesmo, de modo silencioso ou não explícito. Nem sempre, realmente, é alcançada por meio de lavagens cerebrais ou discursos atentatórios à figura paterna [ou materna]*⁹⁵.

Ademais, a alienação parental difere da denominada síndrome da alienação parental. O ato da alienação parental é aquele realizado geralmente pela mãe ou pelo pai, conforme referido acima. Quando se atinge um momento em que o outro pai não mais resiste, bem como quando a criança ou o adolescente sem nenhum motivo plausível não deseja mais contato com o pai alienado, está aberta a porta para a síndrome da alienação parental.

A síndrome da alienação parental, informalmente denominada SAP, atinge a criança ou o adolescente, podendo causar-lhe sequelas manifestadas de diversas formas. O trauma é emocional, mas pode se expressar fisicamente, por exemplo, em ansiedade ou agressividade⁹⁶. Nas palavras de Julieta ARSÊNIO, *é uma doença que se instala em algumas crianças, frutos das separações conjugais, mal estruturada e*

⁹³ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Alienação Parental. *Revista Carta Forense*.

⁹⁴ RAMOS, P. P. de O. C. Idem.

⁹⁵ FONSECA, P. C. da. Obra citada.

⁹⁶ “A síndrome uma vez instalada no menor enseja que este, quando adulto, padeça de um grave complexo de culpa por ter sido cúmplice de uma grande injustiça contra o genitor alienado. Por outro lado, o genitor alienante passa a ter papel de principal e único modelo para a criança que, no futuro, tenderá a repetir o mesmo comportamento. (...) Como decorrência, a criança passa a revelar sintomas diversos: ora apresenta-se como portadora de doenças psicossomáticas, ora mostra-se ansiosa, deprimida, nervosa e, principalmente, agressiva”. FONSECA, P. C. da. Idem.

*que pelo egoísmo de um dos parceiros ou até de ambos, gera conflitos muitas vezes irreparáveis no(s) filho(s), os quais, apenas desejam ter seus pais*⁹⁷.

Igualmente, consoante ensina Caetano LAGRASTA,

a “síndrome de alienação parental” (...) se instala quando qualquer das pessoas alienadas, sob tortura mental ou física, passa a colaborar com o alienador, também com medo de ser alienado à convivência deste e de perder qualquer contato com o núcleo familiar⁹⁸.

Segundo José CUENCA, *uma precisa série de condições é necessária para o desenvolvimento da PAS [Síndrome da Alienação Parental], acrescentando que a que talvez seja mais relevante é a geração de uma distância em termos de tempo e espaço entre a criança e o pai alienado, de modo que é impossível contrastar (...) o programa de medo e ódio inculcado na criança*⁹⁹.

Como dito, a alienação parental geralmente é promovida pela mãe ou pai guardião da criança ou do adolescente. Ou seja, a guarda unilateral acaba, de certa forma, propiciando tal prática, nos termos do que diz Paulo LÔBO, entendendo que *a guarda unilateral estimula o que a doutrina tem denominado alienação parental, quando o genitor que não a detém termina por se distanciar do filho*¹⁰⁰. Também a esse respeito, mais uma vez ensina Patrícia Pimentel RAMOS que *a mudança do paradigma da guarda única se faz necessária. Visitas quinzenais não garantem o direito da criança à convivência familiar. E pai ausente é potencial pai alienado*¹⁰¹.

No mesmo sentido, entende Euclides de SOUZA que

a guarda única permite ao genitor que detém a guarda com exclusividade, a capacidade de monopolizar o controle sobre a pessoa do filho, como um ditador, de forma que ao exercer este poder extravagante, desequilibra o relacionamento entre os pais em relação ao filho¹⁰².

Nada obstante, José CUENCA pondera que a alienação parental *está diretamente relacionada com os processos de separação conflitantes, ou quando as*

⁹⁷ ARSÊNIO, Julieta. *Síndrome de Alienação Parental*.

⁹⁸ LAGRASTA, Caetano. O que é a Síndrome da Alienação Parental. *Revista Consultor Jurídico*.

⁹⁹ CUENCA, José Manuel Aguilar. O uso de crianças no processo de separação. *Revista Lex Nova*.

¹⁰⁰ LÔBO, P. Obra citada. p. 199.

¹⁰¹ RAMOS, P. P. de O. C. Obra citada.

¹⁰² SOUZA, Euclides de. *Alienação parental, perigo iminente*.

*separações se iniciaram de acordo mútuo tornando-se subseqüentemente em situações conflitantes*¹⁰³.

No Brasil, vige a Lei da Alienação Parental desde 2010. É uma lei que busca definir a alienação parental, exemplificando comportamentos que a caracterizam, bem como prevê medidas que a ou o magistrado responsável pode tomar em caso de configuração da alienação parental, que será aferida por perícia psicológica ou biopsicossocial competente. A partir de um viés crítico, entende-se que tal lei não pode ser utilizada sem critérios, devendo haver, por exemplo, uma boa qualidade dos laudos técnicos.

Sem embargo, tão só a lei não é o bastante. Deve haver uma real sensibilização do operador do Direito, evitando a situação descrita por José CUENCA, segundo quem *o hábito normal nas cortes de família no momento do julgamento e de decidir as medidas a serem adotadas é o de manter o “status quo”, com uma resistência teimosa em relação ao ponto em que decisões são tomadas para fazer mudanças significativas na situação das crianças*¹⁰⁴.

A sensibilidade deve advir em especial da juíza ou juiz do caso, que necessitará dispor de meios para identificar a alienação parental, de modo a preservar, antes de tudo, a criança e o adolescente. Afinal, como já repetido à exaustão, são estes que fazem jus à convivência familiar e comunitária. Ou seja, a criança e o adolescente devem conviver com sua mãe e seu pai e com seu círculo familiar e de amigos, de tal forma que não se sintam rejeitados, mas sim amparados, e que possam experimentar uma gama de situações diversificadas que propiciarão seu desenvolvimento o mais saudável possível.

2.3) Relevância da equipe interdisciplinar na ponderação do caso concreto

Diante do que já foi exposto, é possível perceber que o Direito vem voltando sua atenção para determinadas situações que hoje se mostram cada vez mais presentes, como a questão da alienação parental e do direito à convivência. E isso se deu em grande medida em razão do aporte de outras áreas do conhecimento. Por exemplo, ao tratar sobre a síndrome da alienação parental, Maria Berenice DIAS

¹⁰³ CUENCA, J. M. A. Idem.

¹⁰⁴ CUENCA, J. M. A. Idem.

entende que *graças ao tratamento interdisciplinar que vem recebendo o Direito de Família, passou-se a emprestar maior atenção às questões de ordem psíquica*¹⁰⁵.

No mesmo sentido advoga Priscila da FONSECA, para quem *identificar a alienação parental e evitar que este maléfico processo afete a criança e se converta em síndrome é tarefa que se impõe ao Poder Judiciário que, para esse fim, deverá contar com o concurso de assistentes sociais e, principalmente, de psicólogas*¹⁰⁶.

Se não houvesse a contribuição de outros campos do saber, como a psicologia, não seria plenamente possível, por exemplo, que uma ou um magistrado percebesse a presença da alienação parental em um caso concreto, ou que pudesse tomar medidas preventivas a fim de evitar o quadro da síndrome da alienação parental. Isso porque o conhecimento técnico-jurídico nem sempre é suficiente, em especial numa seara como a do Direito de Família, na qual, conforme não fugiu à percepção de Rodrigo da Cunha PEREIRA, as questões *estão sempre em torno do eterno desafio que é a essência da vida: dar e receber amor*¹⁰⁷.

Nesse passo, é patente a importância da interdisciplinaridade, não apenas, mas sobretudo no Direito de Família. Daí surge a relevância do trabalho da equipe interdisciplinar, composta principalmente de profissionais da psicanálise, da psicologia, da sociologia e da assistência social. Nas palavras de Maria Berenice DIAS, *o aporte interdisciplinar, ao ampliar a compreensão do sujeito, traz ferramentas valiosas para a compreensão das relações dos indivíduos, sujeitos e operadores do direito, com a lei*¹⁰⁸.

É também o entendimento de Jones ALVES:

Os novos direitos de família estão a exigir, em benefício de suas próprias noções fundamentais e do efetivo exercício que eles reclamam, a atuação interprofissional daqueles que direta ou indiretamente participam das questões familiares, de forma preponderante no âmbito judicial¹⁰⁹.

No mesmo sentido avalia Marcel FREITAS, que aponta para uma *imperatividade de uma abordagem multidisciplinar no atual Direito de Família*,

¹⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?*.

¹⁰⁶ FONSECA, P. C. da. Obra citada.

¹⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito, amor e sexualidade*. p. 59. Apud DIAS, M^a. B. *Manual de...* p. 81.

¹⁰⁸ DIAS, M^a. B. *Manual de...* p. 82, com inspiração em GROENINGA, Giselle Câmara e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise*. p. 12.

¹⁰⁹ ALVES, Jones Figueirêdo. Psicologia aplicada ao Direito de Família. *Revista Jus Navigandi*.

*reconhecida a sua complexidade no trato de temas conflituosos e a interdisciplinaridade dos campos da ciência para o exame e solução dos casos*¹¹⁰.

Desta feita, não foram as relações familiares que se tornaram mais complexas, mas o próprio enfoque do Direito que se expandiu a fim de reconhecer, por um lado, sua responsabilidade na lida de questões que exorbitam a mera aplicação da lei, pois tratam da própria vida, tangenciando muitas vezes situações que demandam extrema sensibilidade da e do jurista. Por outro lado, houve o reconhecimento da própria insuficiência do Direito para compreender tal realidade, o que faz com que, cada vez mais, a interdisciplinaridade apresente-se como imperativo a uma leitura mais acurada da realidade familiar sob juízo, tendo em vista a sempiterna necessidade de se atender ao melhor interesse da criança.

A esse respeito também pondera Paulo LÔBO, ao tratar do tema da atribuição de guarda após a ruptura da entidade familiar, pontuando que *o conjunto de fatores, portanto, deve ter por finalidade a investigação do melhor interesse do filho. (...) Deve o juiz valer-se da assessoria de equipes multidisciplinares, que possam fornecer-lhe elementos para decisão*¹¹¹. Igualmente, Waldyr GRISARD FILHO ensina ser *através do estudo procedido pela equipe interprofissional que o juiz coleta elementos informativos para a determinação do melhor interesse do menor*¹¹².

Nada obstante, novamente ao tratar da temática da alienação parental, Maria Berenice DIAS complementa entendendo ser

(...) indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas também que o juiz se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor¹¹³.

Portanto, a relevância da equipe interdisciplinar reside justamente em sua capacidade de ler a realidade familiar em suas mais diversas facetas, trazendo ao Direito a possibilidade de operar sobre dados mais seguros, a fim de levar a efeito sua missão constitucional na seara familiar, qual seja, realizar de forma o mais plena

¹¹⁰ FREITAS, Marcel de Almeida. *A interdisciplinaridade na interface da psicologia jurídica aplicada ao direito*.

¹¹¹ LÔBO, P. Obra citada. p. 195.

¹¹² GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. p. 187.

¹¹³ DIAS, M^a. B. *Síndrome da...*

possível a dignidade dos sujeitos envolvidos em tais relações, sem prescindir, portanto, da necessária compreensão dos mais variados campos do saber a fim de dotar de sensibilidade processo de aplicação da norma.

Em suma, é com o diálogo das variadas áreas que compõem a formação da equipe interdisciplinar que a complexidade, relida através de campos teóricos diversos, pode apresentar-se às operadoras e operadores do Direito de forma inteligível e qualificada, aproximando a possibilidade de realização de justiça em cada caso concreto, precisamente por ampliar o escopo de análise de suas vicissitudes.

3 – ADVENTO E EFETIVAÇÃO DA GUARDA EM SEU EXERCÍCIO COMPARTILHADO

A guarda é instituto do Direito Civil que não foge às transformações sentidas por todo o sistema do Direito Privado, conforme alhures referido. Muito ao inverso, a fisionomia contemporânea da guarda evidencia o processo de repersonalização, visto que atualmente a doutrina e os tribunais pátrios entendem que a guarda deve atender antes de mais ao superior interesse da criança.

Deste modo, neste capítulo este breve estudo apontará, inicialmente, para a guarda como um dos atributos do poder familiar, perpassando rapidamente pelas modalidades de guarda comportadas por nosso ordenamento, inclusive a guarda como é prevista pelo ECA. Na sequência, serão tecidas considerações atinentes ao exercício compartilhado da guarda, e de que maneira este atende ao melhor interesse da criança e também ao princípio da igualdade em sua incidência sobre as relações de gênero, conforme previsão constitucional:

TÍTULO VIII – Da Ordem Social.

CAPÍTULO VII – Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.¹¹⁴

Destarte, o intuito do presente capítulo é demonstrar, destacando-se a modalidade compartilhada dos demais modos de exercício da guarda, de que forma o instituto possuiria o condão de realizar os mandamentos constitucionais referentes à dignidade da pessoa humana, aqui depurados no melhor interesse na criança e na igualdade material entre mulher e homem nos deveres relativos à filiação.

3.1) Modalidades de guarda no ordenamento jurídico brasileiro

Primeiramente, cabe elucidar que a guarda é um atributo do poder familiar, *decorrente da relação de filiação, exercida naturalmente pelos pais*¹¹⁵. A expressão poder familiar veio a substituir o que antigamente se conhecia por pátrio poder. A

¹¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1998.

¹¹⁵ CARBONERA, S. M. Obra citada. p. 50.

necessidade de consolidação no texto da lei das mudanças que já vinham sendo sentidas na prática, tendo a doutrina e a jurisprudência tecido críticas ao uso do vocábulo que é hoje ultrapassado, fez ser cunhada mencionada expressão no diploma privatista.

Sem embargo, o poder familiar compreende ao mesmo tempo um poder e um dever, pois com a busca de superação do patriarcalismo no ordenamento jurídico voltou-se maior atenção à criança e ao adolescente, ao seu desenvolvimento. Assim sendo, o poder familiar comporta também um dever da mãe e do pai para com seus filhos, sendo uma via de duas mãos¹¹⁶. Por tal razão, ainda é possível constatar equívocos ao se falar em poder familiar, porque não se trata apenas de um poder e nem é exatamente familiar.

Ou seja, não se trata de mero poder porque em realidade é uma função, um poder-dever, sendo mais preciso se falar em autoridade, a qual não prescinde de legitimidade¹¹⁷. E nem é exatamente familiar porque os titulares e ao mesmo tempo destinatários, vez que se trata de direito e dever, são a mãe e o pai, e não a família como um todo, ainda que esta tenha suas responsabilidades para com a criança ou o adolescente em questão.

Nesse sentido, Luiz Edson FACHIN entende que *falar-se-ia, um pouco melhor, em poderes e deveres parentais, expressão neutra, não discriminatória*¹¹⁸. Igualmente, nos termos dos quais se utiliza Silvana CARBONERA, *a autoridade parental traduz uma relação onde os pais dirigem seus esforços e proteção para proporcionar aos filhos todas as condições possíveis e necessárias de criação e desenvolvimento de suas personalidades*¹¹⁹.

O poder-dever familiar é tratado no CCB, a partir do artigo 1.630, sendo possível destacar alguns comportamentos e atitudes que integram o seu exercício, nos termos do artigo 1.634. Cumpre observar que tal rol não é exaustivo, mas sim

¹¹⁶ “Em matéria de exercício do poder familiar, deve-se ter presente o seu conceito de conjunto de direitos e deveres tendo por finalidade o interesse da criança e do adolescente. Os pais não exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos”. LÔBO, P. Obra citada. p. 302.

¹¹⁷ “Com efeito, parece-nos que o conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro (...)”. LÔBO, P. Idem. p. 296.

¹¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. In: Ricardo Pereira Lira (Coord.). *Curso de Direito Civil*. p. 263.

¹¹⁹ CARBONERA, S. M. Obra citada. p. 71.

exemplificativo, podendo ser encontradas outras atribuições na Constituição e no ECA.

Como dito, o poder-dever familiar tem entre seus atributos a guarda, que nos termos do CCB é algo que compete à mãe e ao pai no exercício daquele. Dentre as diretivas do artigo 1.634, que o são em relação à pessoa dos filhos menores, está expressa, no inciso II do mencionado dispositivo, a guarda:

Título I - Do Direito Pessoal
Subtítulo II - Das Relações de Parentesco
Capítulo V – Do Poder Familiar
Seção II – Do Exercício do Poder Familiar
Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: (...)
II - tê-los em sua companhia e guarda;¹²⁰

Muito embora a guarda não seja da essência do poder-dever familiar, pois dele pode ser destacada e transferida a terceiro, é de sua natureza¹²¹. Por isso pode ser exercida por quem não detém o poder-dever familiar, como a família substituta, nos termos da previsão do artigo 28 do ECA¹²², ou também pode ser destacada a outrem sem que a mãe ou o pai percam a plenitude da titularidade do poder-dever familiar. Segundo Silvana CARBONERA, há a *concreta possibilidade de dissociar guarda e autoridade parental, sem que a exclusiva atribuição da primeira a um dos genitores ou a terceiros implique necessariamente na perda ou suspensão da segunda, mas sim na restrição de seu exercício*¹²³.

Em relação aos contornos do que seria a guarda, é de se entender, a partir de Waldyr GRISARD FILHO, que é *um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais*¹²⁴. E isso porque *é o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação a este*¹²⁵. Não obstante, não se deve olvidar que a guarda é,

¹²⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, 2002.

¹²¹ GRISARD FILHO, W. Obra citada. p. 48.

¹²² “Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. (...)”. In: BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*. Brasília, 1990.

¹²³ CARBONERA, S. M. Obra citada. p. 83.

¹²⁴ GRISARD FILHO, W. Obra citada. p. 58.

¹²⁵ SANTOS NETO. José Antônio de Paula. *Do pátrio poder*. p. 138-139. *Apud* GRISARD FILHO, W. Obra citada. p. 57.

*antes de tudo, um equipamento de proteção, que transcende a noção de posse ou simples convivência*¹²⁶.

Enquanto a mãe e o pai residem sob o mesmo teto, não chama a atenção o modo de exercício da guarda. Já quando ocorre uma ruptura na entidade familiar, por separação, divórcio, dissolução de união estável etc., ou quando os genitores nem mesmo tinham um relacionamento duradouro prévio ao nascimento da filha ou filho, quando esta ou este adveio de uma relação episódica ou passageira, então surge a questão da maneira como será exercida a guarda.

O modelo tradicional de exercício da guarda é a guarda unilateral, também chamada de uniparental, única ou exclusiva. Embora seja clássica, ainda é a modalidade mais presente na realidade brasileira, considerando que no ano de 2007 uma parcela equivalente a 89,1% das guardas eram deferidas unilateralmente à mãe¹²⁷. A guarda uniparental, conforme visto alhures neste trabalho, comporta o direito de visita como sua contrapartida.

O dado relativo ao deferimento majoritário das guardas à mãe não é irrelevante. Se por um lado houve significativas mudanças no âmbito constitucional e civilístico relativas à distribuição de direitos e deveres na sociedade conjugal¹²⁸, por outro, o construto social relativo ao dever feminino de cuidado com as filhas e filhos perdura. A pessoa que tem melhores condições de cuidar da criança e do adolescente seria, nessa ótica, a mãe, uma vez que esta estaria habituada aos cuidados com a higiene, educação, saúde etc. das crianças, além de possuir uma sensibilidade supostamente inata para o trato com suas filhas e filhos.

A partir de modificações introduzidas no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 5.582/1970, que alterou o Decreto-Lei nº 3.200/1941, e posteriormente pela já

¹²⁶ CARBONERA, S. M. Obra citada. p. 84, com inspiração em PELUSO, Antônio Cezar. O menor na separação. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: Aspectos constitucionais, civis e processuais*. p. 25.

¹²⁷ LÔBO, P. Obra citada. p. 194.

¹²⁸ “Com a evolução do tempo e as consequentes transformações sociais, aquilo que antes consubstanciava um feixe de prerrogativas unipessoais e autoritárias do *chefe de família*, de resto compreensíveis no contexto patriarcal em que estavam inseridas, resultou num conjunto de poderes-deveres – o novo *poder familiar* –, cujo exercício passou a ser dividido com a esposa, como ressaltou Miguel Reale em texto sintético sobre o projeto que veio converter-se no atual Código Civil brasileiro: ‘As questões essenciais são decididas em comum, sendo sempre necessária a colaboração da mulher na direção da sociedade conjugal. A mulher, em suma, deixa de ser simples colaboradora e companheira – consoante posição que lhe atribui a lei vigente – para passar a ter ‘poder de decisão’, conjuntamente com o esposo’. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 1.426. O trecho citado no excerto acima se refere à obra de REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. p. 107.

referida Lei do Divórcio, a guarda seria preferencial à mãe¹²⁹. Também poderia ser do cônjuge inocente, que não tivesse dado causa ao rompimento do casamento. Posteriormente à superação da noção de culpa pela separação, a guarda deveria ir para quem apresentasse melhores condições, no entanto, seria sempre unilateral.

Não obstante, verifica-se que a própria igualdade de gênero prevista na seara constitucional não foi forte o suficiente para romper com a tradição maternalista de nosso sistema social, uma vez que, mesmo não possuindo o instituto da guarda unilateral atualmente uma orientação relativa ao deferimento desta à mãe, a experiência social de vincular a figura da mulher à mãe faz com que esta seja vista, e muitas vezes se veja, como guardiã necessária da criança e do adolescente, não bastando a ela, portanto, o direito de convivência.

De outro ângulo, a doutrina também pontua a possibilidade da guarda alternada, que não é prevista expressamente por nosso ordenamento, mas do mesmo modo não é vedada, e acontece em alguns casos na prática. Tal modalidade de guarda não deixa de ser um exercício exclusivo da guarda, pois muito embora se alternem os períodos em que a filha ou filho estará com a mãe ou com o pai, na temporada em que a criança ou o adolescente fica com tal pai este detém exclusivamente a guarda.

Na percepção de Waldyr GRISARD FILHO, a guarda alternada é *inconveniente à consolidação dos hábitos, dos valores, padrões e ideias na mente do menor e à formação de sua personalidade*¹³⁰. É um modelo em geral não recomendado pela psicologia e igualmente desabonado pela jurisprudência, pois acaba por “dividir a criança ao meio”, sendo uma verdadeira solução salomônica às avessas.

¹²⁹ “Como já apontado, o art. 10, § 1º, da LDiv, o artigo 16 do Dec.-lei 3.200/1941 e o art. 383 do CC de 1916, priorizavam a guarda à figura materna, negando a igualdade constitucional que a guarda compartilhada, tema central deste estudo, almeja assegurar a ambos os pais na conduta dos filhos”. GRISARD FILHO, W. Obra citada. p. 71. Transcrevem-se as respectivas referências legislativas: “Art. 10. (...) § 1º Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles”. In: BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. *Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências*. Brasília, 1977; “Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor. (Redação dada pela Lei nº 5.582, de 1970)” In: BRASIL. Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941. *Dispõe sobre a organização e proteção da família*. Brasília, 1941; e “Art. 383. O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor”. In: BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília, 1916. Revogada pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹³⁰ GRISARD FILHO, W. Obra citada. p. 125.

Do mesmo modo, a doutrina aponta para a possibilidade do aninhamento ou da nidação, que, na visão de Maria Berenice DIAS, *além de perfeita harmonia entre os genitores, exige certo padrão econômico*¹³¹, pois compreende a necessidade da manutenção de três residências. Um dos lares é onde a criança ou o adolescente residirá permanentemente, enquanto a mãe e o pai é que se revezam periodicamente para morar com a filha ou filho.

Cumpre lembrar que a guarda possui duas expressões, pois é material e também jurídica. *A primeira consiste em ter o filho em companhia, vivendo com ele sob o mesmo teto, em exercício de posse e vigilância. A segunda implica o direito de reger a pessoa dos filhos, dirigindo-lhe a educação e decidindo todas as questões do interesse superior dele*¹³². Assim, muito embora apenas ou a mãe ou o pai possua a guarda material da criança ou adolescente, é plenamente possível que ambos detenham a guarda jurídica.

Deste modo, surge a possibilidade da guarda compartilhada, também chamada de conjunta, que é uma modalidade de guarda que vem ganhando expressão no cenário nacional, cada vez mais na doutrina e também na jurisprudência. Ademais, é o modelo de guarda preferencial segundo nosso CCB desde 2008, com a edição da Lei 11.698, denominada de Lei da Guarda Compartilhada, a qual alterou, dentre outros, o artigo 1.584 do diploma privatista:

Título I - Do Direito Pessoal

Subtítulo I - Do Casamento

Capítulo XI - Da Proteção da Pessoa dos Filhos

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). (...)

§ 2º - Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

A guarda compartilhada é, em linhas gerais, o exercício conjunto por ambos os pais de todos os atributos do poder-dever familiar. É o compartilhamento dos encargos e do direito de convivência, sem uma necessária repartição matemática do tempo. Dividem-se não apenas as decisões mais importantes, mas todas as questões do dia-a-dia, que serão comuns à mãe e ao pai, que participarão com igual expressão na vida da filha ou filho.

¹³¹ DIAS, M^a. B. *Manual de...* p. 402.

¹³² GRISARD FILHO, W. Obra citada. p. 90, com lastro em GOMES, Orlando. *Direito de família*. p. 281.

Nas palavras de Maria Berenice DIAS, *é o modo de garantir, de forma efetiva, a **co-responsabilidade parental**, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço*¹³³.

Nada obstante, a guarda compartilhada comporta a fixação de residência, para que a filha ou filho possa ter um referencial mais exato, mas o acesso do outro pai ao filho é mais livre, sem se condicionar a combinados prévios. Ou seja, *havendo o compartilhamento, ao mesmo tempo, e na mesma intensidade do poder familiar, embora os pais vivam em lares distintos, a residência do filho é fixada em um destes lares*¹³⁴.

Por fim, cabe relembrar a guarda prevista pelo ECA, cuja finalidade é diferente, visto que geralmente objetiva regularizar uma situação fática, quando a criança ou o adolescente já não está mais sob o poder-dever familiar de seus genitores, vindo ao lado da tutela e da adoção:

Título II - Dos Direitos Fundamentais

Capítulo III - Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária

Seção III - Da Família Substituta

Subseção II - Da Guarda

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º - A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

Sem embargo, no que concerne ao presente trabalho, examinaremos com mais cuidado nas próximas seções a modalidade da guarda compartilhada, no que se refere à sua possibilidade de atendimento do melhor interesse da criança, bem como à sua aptidão para a promoção da igualdade entre mulher e homem.

3.2) Guardando direitos: guarda compartilhada e o atendimento do melhor interesse da criança

A partir de um panorama geral, é de se verificar que os trabalhos acadêmicos acerca da guarda compartilhada vem se multiplicando nos últimos anos

¹³³ DIAS, M^a. B. *Manual de...* p. 401. (Grifos no original)

¹³⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. *Guarda compartilhada – a tutela do poder familiar*. p. 126. *Apud* DIAS, M^a. B. *Manual de...* p. 403.

no Brasil¹³⁵. Muito se tem advogado que é a modalidade que melhor atende ao melhor interesse da criança, princípio este previsto desde que inserido no artigo 3º¹³⁶ da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas no ano de 1990.

De fato, a guarda compartilhada sobrevém num momento de inversão na compreensão da guarda, que deve atender ao superior interesse da criança e não simplesmente ao interesse da mãe e do pai, mormente se tal interesse for eminentemente patrimonial. O enfoque multidisciplinar do Direito vem, como se vê, apontando para uma preponderância do exercício compartilhado da guarda em relação ao atendimento do melhor interesse da criança.

Isso porque a guarda conjunta permite uma real convivência da filha ou filho tanto com a mãe como com o pai, mesmo após a ruptura da chamada família conjugal, considerando que permanece a família parental, afinal mãe e pai sempre serão mãe e pai. É uma *preocupação que surge constantemente no âmbito judicial, “que a perenidade do casal parental deve sobreviver à fragilidade do casal conjugal”*¹³⁷. O atendimento aos deveres decorrentes do poder-dever familiar é reforçado com o exercício conjunto da guarda.

É justamente nisso que reside o foco da virada axiológica operada por intermédio da constitucionalização do Direito Civil. Se outrora a tutela legal voltava-se à realização voluntarista dos sujeitos capazes dentro da família, e, em maior grau, do homem como sendo o chefe dessa instituição, a concepção eudemonista da entidade familiar implica a potencialização da igualdade material.

Em outras palavras, a consideração dos sujeitos que compõem a família passa, necessariamente, pela visão concreta de suas necessidades, pela análise das dificuldades operadas por conta da estrutura social para a realização daquelas, e pelo enfoque teleológico direcionado às operadoras e operadores do Direito no sentido de não mais somente aplicar a lei, mas verdadeiramente realizar seus

¹³⁵ É o que se pode perceber, a título de exemplo, em razão da crescente publicação de artigos a esse respeito de autoria de profissionais do direito, da psicologia, da psicanálise etc. disponíveis nos sítios eletrônicos da ONG APASE – Associação de Pais Separados (<http://www.apase.org.br>) e do Grupo PaiLegal (<http://www.pailegal.net>).

¹³⁶ “Art. 3. 1 – Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o **melhor interesse da criança**”. ONU. *Convenção sobre os Direitos da Criança*, adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. (Grifou-se)

¹³⁷ DEVICHI, Jacqueline Rubellin. *Los derechos del niño y su familia en el derecho positivo frances*. P. 83. *Apud* GRISARD FILHO, W. Obra citada. p. 123.

cânones interpretativos, através da incidência dos princípios em sua máxima efetividade.

No que se refere à criança e ao adolescente, isso fica ainda mais patente em termos de consideração do regime de guarda. É que, se para estes a família deve ser uma comunidade de afeto, impende assegurar o bom funcionamento de tal teia social no que se refere ao seu processo de guarda nos casos em que, por algum motivo, não tenha tido prosseguimento a relação entre sua mãe e pai, ou mesmo quando esta já não existia de início.

Vale dizer, a noção de realização eudemonista dos direitos da criança e do adolescente, cosubstanciada axiologicamente no melhor interesse da criança, implica o perene esforço dos operadores do Direito e o reforço de tais deveres à mãe e ao pai, no sentido de garantir que aquilo que é necessário à criança e ao adolescente em termos afetivos e materiais, e que consista em responsabilidade da família, seja fornecido da forma mais completa possível¹³⁸.

Insere-se aí o direito à convivência, ideia mais complexa e atualizada do que a mera visitação, conforme analisado em capítulo anterior. Waldyr GRISARD FILHO entende que *direito de comunicação, direito de convivência (para usar a terminologia estatutária), “genitor de acesso” (...) melhor significariam o ato de conviver, de relacionar-se, de trato diário como pretende a guarda compartilhada*¹³⁹.

Assim, em oposição ao modelo voluntarista que instituiu a visitação como direito da mãe ou do pai não guardiões, volta-se o Direito à compreensão de que é a criança e o adolescente o destinatário de tal direito, sendo que este não se refere somente à realização da mãe e do pai, mas sim ao desenvolvimento afetivo e material da criança e do adolescente. Ou seja, o direito e dever de visitação é, antes de tudo, o dever de participação na vida da filha ou filho, a presença em momentos cruciais de seu desenvolvimento, a atenção necessária às decisões morais e jurídicas que nortearão sua criação.

E neste ponto fica patente a insuficiência de um regime unilateral de guarda, justamente por ser a convivência episódica, ainda que melhor do que a completa ausência de um dos pais na vida da criança ou do adolescente, uma forma de sociabilidade extremamente propícia ao distanciamento entre mães ou pais e filhos.

¹³⁸ De acordo com esse pensamento, “(...) cabe aos pais, respeitando suas possibilidades financeiras, colocar à disposição dos filhos os meios necessários para que seu interesse seja atendido”. CARBONERA, S. M. Obra citada. p. 81.

¹³⁹ GRISARD FILHO, W. Obra citada. p. 181.

Neste ponto foi que o legislador apontou sua preferência pela guarda compartilhada¹⁴⁰, uma vez que o escopo do instituto era justamente a realização o mais plena possível do direito ao afeto e à atenção que cingem a proteção de crianças e adolescentes em nosso ordenamento pátrio.

A guarda compartilhada não se presta a restabelecer o *status quo ante* da relação desfeita entre a mãe e o pai, mas sim a conservar o seu núcleo essencial no que se refere aos deveres inerentes a tal condição. A grande especificidade de tal mecanismo reside, justamente, em seu caráter aberto, moldável¹⁴¹, e muito adaptado às circunstâncias de um mundo em constantes transformações, onde o Direito busca abrir as portas por vezes fechadas pela cultura, ou mesmo pelas calamitosas circunstâncias econômicas presentes numa realidade como a do Brasil.

Por ter como norte a maximização da dimensão afetiva e material da guarda entre mãe e pai, ainda que a despeito do desfazimento de sua relação, é que a guarda compartilhada presta-se à operacionalização da repersonalização do Direito Civil, notadamente na consecução do superior interesse da criança. Ao ser colocada a criança e o adolescente no centro da operação judicial que estabelece os termos da relação entre mãe e pai não mais conviventes, tal instituto busca justamente manter, contrafaticamente, o necessário contato da criança e do adolescente com sua comunidade de afeto originária. Esta comunidade, como apontado acima, não se limita às figuras parentais, mas volta-se também ao seu entorno, a seus ascendentes, descendentes e colaterais, aos afetos sociais próximos, como a vizinhança, a comunidade escolar etc.

Se por um lado não há um conteúdo pré-estabelecido em relação ao melhor interesse da criança, justamente por ser este instituto voltado à construção de novas possibilidades de desenvolvimento pleno ameaçadas contingencialmente por conta de uma mudança na estruturação familiar, por outro é justamente o sentido de manutenção da afetividade original, ou mesmo da estruturação de uma afetividade o mais próximo possível de seu ideal, que orientariam a aplicação de tal princípio no processo de atribuição dos regimes de guarda.

¹⁴⁰ A esse respeito, constata-se que “a exclusividade da guarda única, e preferentemente à mãe, com reduzidas visitas pelo pai, perde sua majestade. Agora, a seu lado e no mesmo patamar normativo, orientada pelos princípios da igualdade, da solidariedade e do melhor interesse da criança, coloca-se a *guarda compartilhada*”. GRISARD FILHO, W. Idem. p. 195. (Grifos no original)

¹⁴¹ Neste sentido, inclusive, novamente Waldyr GRISARD FILHO pondera uma possibilidade, a de que “quando cada um dos progenitores proporciona ao outro um contato muito frequente com o filho e ambos procuram que as questões que a esse dizem respeito sejam por eles decididas em conjunto, a guarda única transforma-se em guarda compartilhada de fato”. GRISARD FILHO, W. Idem. p. 232.

De acordo com Waldyr GRISARD FILHO, a guarda compartilhada *é o plano mais útil de cuidado, e justiça, aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos*¹⁴².

Depreende-se disso que, a menos que o caso concreto desaconselhe, a guarda compartilhada seria a modalidade que melhor atenderia ao superior interesse da criança, justamente por ter sido concebida imbuída do afã de superação do regime unilateral, motivada justamente por todas as dificuldades e entraves que tal modalidade envolve, notadamente, a possibilidade de alienação parental, ou mesmo a formação de um quadro de síndrome na criança ou no adolescente, questões deveras indesejáveis face à concepção eudemonista da família.

Ao contrário do que boa parte da jurisprudência e ainda parcela da doutrina entende, a guarda conjunta não deve ser somente fruto de necessária concordância entre os pais. O próprio CCB, desde 2008, dispõe que, caso não haja acordo entre as partes, o juiz decidirá preferencialmente pela guarda compartilhada, conforme visto acima.

Evidentemente, a guarda conjunta não é remédio para todos os casos, especialmente quando a ruptura foi muito amargurada. *Não há nenhuma panaceia para os consideráveis problemas que o divórcio suscita, e a guarda conjunta não funciona para muitas famílias – principalmente no caso de pais em conflito*¹⁴³. Todavia, os pais devem cultivar a capacidade de separar tais sentimentos da questão da proteção da filha ou filho, que faz jus à convivência com ambos os pais.

3.3) Compartilhando deveres: guarda compartilhada e a promoção da igualdade entre mulher e homem

Sem embargo do que já foi exposto, existe mais um hiato transposto pela modalidade compartilhada da guarda. É evidente que, além de minimizar a distância que separava o texto constitucional, no que se refere à criança e ao adolescente, da prática de deferimento de guardas em sua modalidade unilateral, causando assim uma criação parcialmente deficitária à filha ou filho cujo núcleo familiar se havia

¹⁴² GRISARD FILHO, W. Idem. p. 224.

¹⁴³ TEYBER, Edward. *Ajudando as crianças a conviver com o divórcio*. p. 119. Apud GRISARD FILHO, W. Obra citada. p. 188.

reconfigurado, a guarda compartilhada possui em si a potencialidade de, ao menos no que se refere ao seu âmbito, realizar a igualdade material entre a mulher e o homem.

Não é necessário aprofundamento sociológico para constatar que, mesmo tendo em vista as crescentes conquistas da mulher nos mais diversos campos sociais, esta ainda continua em franco desnível em relação ao homem. Conforme aponta recente estudo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹⁴⁴, 95,8% de todo o serviço doméstico no Brasil ainda fica a encargo das mulheres, além de estas ainda perceberem salários substancialmente menores pelas mesmas ocupações em relação a seus colegas homens.

Há, assim, um desnível tanto horizontal (no que se refere à distribuição de obrigações entre mulheres e homens) quanto vertical (no que se refere aos valores recebidos por cada um destes no exercício das mesmas funções) que ainda se faz bastante presente em nossa sociedade, malgrado as previsões de igualdade insertas em nosso diploma constitucional e em nossa legislação civilística.

Essa diferença tem um forte matiz cultural, e repercute não somente no mercado de trabalho, mas também na distribuição de tarefas de acordo com o gênero, que atribui à mulher o cuidado da esfera doméstica, a manutenção da vida, ou seja, o cuidado com a casa, com a alimentação e, no que se refere ao presente trabalho, com as filhas e filhos. A suposta predisposição das mulheres à realização de tais tarefas faria com que, também no que tange às guardas, a mãe estivesse mais apta a garantir a reprodução e manutenção da vida da criança e do adolescente, sua higiene, sua alimentação, enquanto ao pai caberia principalmente o sustento material.

Tais expectativas sociais, presentes desde a ampla publicidade que quase sempre vincula a imagem do bebê à da mãe até os dados estatísticos referentes à guarda unilateral deferida, em sua esmagadora maioria, à mulher, seriam introjetadas pelas próprias mães, no sentido de responsabilizarem-se pela criação próxima de suas filhas e filhos.

Não obstante, bem aponta o sociólogo Pierre BOURDIEU:

¹⁴⁴ BRASIL. Mulher no Mercado de Trabalho: Perguntas e Respostas. In: IBGE. *Pesquisa Mensal de Emprego – PME*.

(...) no encontro com as “expectativas objetivas” que estão inscritas, sobretudo implicitamente, nas posições oferecidas às mulheres pela estrutura, ainda fortemente sexuada, da divisão de trabalho, que as disposições ditas “femininas”, inculcadas pela família e por toda a ordem social, podem se realizar, ou mesmo se expandir, e se ver, no mesmo ato, recompensadas, contribuindo assim para reforçar a dicotomia sexual fundamental (...).¹⁴⁵

Esta dicotomia estaria refletida tanto na distribuição social do trabalho quanto, num sentido mais amplo, na divisão sexuada das tarefas referentes à manutenção da vida e, neste ponto, na criação das filhas e filhos. A naturalização da visão da mulher enquanto responsável pela criação mais próxima das crianças leva, portanto à noção de que seria ela a mais apta a realizar as tarefas de cuidado, num raciocínio tautológico que faz com que tal construção histórica se protraia no tempo e tenha efeitos no sentido de naturalizar a posição da mulher dentro da hierarquia das relações sociais.

Em outras palavras, no entender de Elisabeth BADINTER:

A injustiça doméstica permanece: a vida conjugal sempre teve custo social e cultural para as mulheres, tanto no que diz respeito à divisão das tarefas domésticas e à educação dos filhos, quanto à evolução da carreira profissional e à remuneração. Hoje, não foi propriamente o casamento que perdeu o caráter de necessidade, mas é a vida matrimonial e, sobretudo, o nascimento do filho que pesam sobre as mulheres.¹⁴⁶

Tal imposição social muitas vezes reiterada pelas mulheres acaba por ter um papel fundamental no que se refere ao sentimento de dever destas na divisão de tarefas relativas à criação de filhos, e possui especial força no que se refere aos processos de separação e guarda. É que, se por um lado a vida conjugal pode invisibilizar o fato de a mulher ser a maior responsável pela criação próxima da filha e filho, o contexto de uma ruptura faz com que, num primeiro momento, seja necessário definir qual será o destino da criança, e esta não raro é apontada à mãe, pois seria mais apta ao seu cuidado.

A guarda compartilhada opera aqui uma importante função, ao explicitar juridicamente a necessidade fática de haver uma divisão equânime nas tarefas de cuidado. No dizer de Maria Berenice DIAS:

¹⁴⁵ BOURDIEU, Pierre. *A Dominação Masculina*. p. 72-73.

¹⁴⁶ BADINTER, Elisabeth. *O conflito, a mulher e a mãe*. p. 25. (Grifos no original)

A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à **pluralização das responsabilidades**, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária.¹⁴⁷

Deste modo, o pai não seria tão somente aquele que visita e sustenta, mas seria corresponsável pela criação da filha ou filho, devendo incumbir-se também das tarefas referentes ao seu desenvolvimento material e afetivo, como sua alimentação, sua higiene e sua educação. Não obstante se possa objetar a ingerência do Poder Judiciário na configuração familiar, a tarefa de realização do princípio da igualdade faz com que não haja dissonância entre o texto constitucional e o instituto da guarda compartilhada.

Daí que há a necessidade de se romper com a lógica de que o ambiente doméstico pertence a uma esfera privada intangível ao Direito. De fato, poder-se-ia afirmar que o Direito em sua faceta liberal, propulsionado pelas teorias voluntaristas contratuais, igualaria homens e mulheres, uma vez que consideraria “o homem e o cidadão” como sujeitos universais de direitos, inserindo-se aí, portanto, as mulheres. Porém, como nos explica Marina Basso LACERDA acerca do pensamento de Alejandra CIRIZA:

(...) a ordem contratual deixou a distribuição da riqueza ao azar do mercado e do mérito individual e estabeleceu um lugar naturalmente destinado às mulheres, despolitizando as relações de poder entre os sexos. As mulheres, explica a autora, não são consideradas no processo do contrato social, porque no estado pré-social (estado de natureza) já foram introduzidas no espaço privado, e, portanto, já carecedoras da condição de indivíduo contratante. As mulheres são despojadas de força e ferocidade, e de razão. São guardiãs do afeto e da prole, irrelevantes politicamente, incapazes de adquirir sentido do dever.¹⁴⁸

Nesse sentido, a Constituição de 1988, buscando ampliar o escopo de garantias, abrangeu também áreas que seriam, numa visão clássica, relativas ao âmbito privado, como nas regulamentações relativas aos cuidados com idosos, com crianças e adolescentes e, no que nos interessa nesse momento, nas relações

¹⁴⁷ DIAS, M^a. B. *Manual de...* p. 401. (Grifos no original)

¹⁴⁸ LACERDA, Marina Basso. A gênese da divisão público/masculino e privado/feminino no discurso legitimador do Estado moderno e a incorporação de temas “domésticos” na agenda política. In: *Fazendo Gênero*. A obra citada pela autora no excerto é CIRIZA, Alejandra. A propósito de Jean Jacques Rousseau: contrato, educação e subjetividade. In: BORON, Atílio A. (Comp.) *Filosofia Política Moderna: de Hobbes a Marx*. p. 81-111.

conjugais, expressando-se nas previsões imbuídas do espírito equalizante das relações de gênero¹⁴⁹.

Verifica-se, portanto, que a luta por igualdade de gênero perpassa também o ambiente doméstico, demonstrando que seu caráter “privado” não é escusa para que o ordenamento deixe de regulamentá-lo enquanto espaço político, voltando sua atenção às relações que vão desde a tutela de crianças e adolescentes até as próprias relações familiares, mormente no que tange à proteção da mulher contra a violência doméstica, bem como em sua promoção no mercado de trabalho e outras áreas que, num paradigma liberal, seriam deixadas no grande vazio anterior ao Estado Social.

Neste ponto, a guarda compartilhada demonstra claramente que o dever de cuidado advém de ambos a mãe e o pai, e isto porque, se por um lado a guarda unilateral poderia camuflar a participação do pai sob a escusa de que quem cuidaria do ambiente doméstico da criança e do adolescente seria a mãe, cabendo ao pai sustento e convivência, a guarda compartilhada traz em seu seio a ideia de que os deveres devem ser equitativamente compartilhados, ou seja, deve o pai também participar de forma ativa em todos os processos referentes à garantia do melhor interesse da criança, passando necessariamente por aquelas tarefas que antes eram legadas à invisibilidade do ambiente doméstico e, conseqüentemente, recaíam sob a responsabilidade da mãe.

O cuidado com uma criança pode ser aprendido, de forma a mitigar o dever de maternidade que é socialmente imputado às mulheres desde sua mais tenra idade, nas brincadeiras com bonecas, nos jogos que simulam o ambiente doméstico etc. Não cabe apenas ao Direito alterar a estrutura social, mas sendo este um *locus* privilegiado de discussão da realidade, não pode passar ao largo das necessidades de revisão de nossos padrões culturais. Em outras palavras, ignorar que a desigual distribuição pressuposta de tarefas domésticas prejudica as mulheres não é uma opção ao julgador, já que tal operação acabaria por desconsiderar a igualdade em sua dimensão material.

¹⁴⁹“(…) até a Constituição de 1988 assuntos referentes à mulher eram tratados na legislação civil (privada), no Código Civil (...). A Constituição de 1946, a última Constituição democrática brasileira antes de 1988, apenas mencionava de passagem a previdência social e a saúde. Já a nossa Carta vigente institui o Sistema Único de Saúde (arts. 196-200) e o sistema de previdência e assistência social (arts. 201-204), e ainda tem um capítulo especial para a Família, a Criança, o Adolescente e o Idoso. Tais temas foram todos regulamentados pela legislação específica, com destaque para o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e para o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990)”. LACERDA, M. B. Idem. p. 4.

A virada axiológica operada pela igualdade de gênero, agora com raízes constitucionais firmes, consiste justamente nisso, uma vez que

os valores atribuídos ao homem – a racionalidade estrita e a competição – permitiram o desenvolvimento capitalista e estruturaram o espaço público da modernidade, em seus três pilares (Sousa Santos): a ciência moderna, o Estado burguês e o Direito, marcados pela verticalidade nas relações de poder. Do projeto moderno apenas a regulação se efetivou, já que as promessas de emancipação não foram cumpridas. As propostas de emancipação, portanto, têm de abranger a questão de gênero, seja por tomá-las como forma contra-hegemônica de percepção da realidade e de agir em coletividade, seja pela inclusão na agenda coletiva de temas tidos como privados.¹⁵⁰

Daí que, conquanto possa ter sido creditada em partes ao movimento de pais insatisfeitos com a realidade de guardas unilaterais deferidas em sua maioria às mães, a guarda compartilhada comporta grande alinhamento com as demandas por igualdade de gênero, principalmente por trazer inteligibilidade infraconstitucional à igualdade nos direitos e deveres relativos à filiação. O avanço refere-se à transformação do papel masculino dentro do sistema de cuidados com as filhas e filhos, posto que na realização ideal do regime de guarda compartilhada o pai, forçosamente, acabaria assumindo deveres dantes deixados ao encargo da mãe.

Neste particular, é de extremo relevo o entendimento de Luís Eduardo Bittencourt dos REIS:

O grande problema enfrentado, sempre, foi tanto a baixa consciência do homem em seu papel na criação dos filhos após o rompimento da união (casamento ou não) e ou nos casos de filhos havidos fora do casamento, e o crescente enraizamento de crenças ferrenhas de que é tanto inconcebível quanto inimaginável a guarda não-exclusiva.¹⁵¹

Desta maneira, a guarda compartilhada, para além de efetivar de forma mais plena o superior interesse da criança, mostra-se como mecanismo apto a arbitrar uma nova configuração de deveres no cuidado com os filhos, fazendo com que junto com o direito-dever de convivência venha a necessidade de redistribuição deste

¹⁵⁰ LACERDA, M. B. Idem. p. 2. A autora, no trecho, utiliza a obra de SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v. I, p. 257.

¹⁵¹ REIS, Luís Eduardo Bittencourt dos. *Paternidade consciente, o novo homem e a guarda compartilhada*. Parte 2-2. p. 9.

cuidado, diminuindo a distância entre mulheres e homens no que tange à histórica estruturação dos deveres impostos àquela¹⁵².

Por conta disso, pondera Waldyr GRISARD FILHO que a *redistribuição dos papéis na comunidade familiar, como exigência da evolução dos costumes nas sociedades modernas, decretou a impropriedade da guarda exclusiva, impondo a reconsideração dos parâmetros vigentes, que não reservam espaço à atual igualdade parental*¹⁵³. O que estaria em jogo não seria tão somente uma simples operação de pacificação das vontades do casal em desacordo, mas uma verdadeira releitura constitucional da situação em questão, que leva em conta justamente a igualdade material, no que se refere à mulher, e o melhor interesse da criança como parâmetros de interpretação e aplicação da lei.

Cumpra transcrever as palavras de Waldyr GRISARD FILHO:

Quando o modelo vigente não mais atende às expectativas sociais, quando a realidade quotidiana observada no foro prioriza, sistematicamente, a maternidade em detrimento da paternidade, quando se nega à criança o direito a ter dois pais, quando inevitável o processo de isonomia entre o marido e a esposa, criando uma simetria nos papéis familiares, é hora de se rever a questão da autoridade parental.¹⁵⁴

O instituto da guarda compartilhada, portanto, longe de ser uma solução final e plena para tais situações, seria, inobstante, uma ferramenta com a qual a julgadora e o julgador podem, e devem, buscar reler o ser a partir do dever-ser, de forma a atuar sobre a realidade para transformá-la, sempre atentando não somente às necessidades do caso concreto, mas também às demandas de nosso ordenamento, bem como à sua nova concepção eudemonista da família.

¹⁵² “Ou seja, o que podemos conceituar como sendo Guarda Compartilhada, é a continuidade ou continuísmo do poder-dever ou direito-dever do Poder Familiar, mas em uma nova modalidade de relação pai-mãe-filho; morre o casamento, mas nasce a convivência parental”. REIS, L. E. B. dos. *Idem*. p. 14.

¹⁵³ GRISARD FILHO, W. *Obra citada*. p. 158.

¹⁵⁴ GRISARD FILHO, W. *Idem*. *Ibidem*.

CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega é a de que a guarda compartilhada é a modalidade que atende de forma mais satisfatória à igualdade de gênero e ao melhor interesse da criança, tendo em vista ser esta mais afinada para com uma noção atualizada de direito à convivência, e estar em perfeita harmonia para com a concepção eudemonista de família oriunda da incidência da principiologia constitucional no Direito de Família.

No intuito de chegar a tal conclusão demonstraram-se, num primeiro momento, as transformações sofridas no âmbito do Direito Civil, no qual os movimentos de descodificação, repersonalização e constitucionalização operaram importantes mudanças, as quais espraiaram-se ao Direito de Família. Desta forma, o movimento constante de releitura dos institutos civilísticos à luz da principiologia constitucional teve grande crédito no sentido de impulsionar avanços legislativos, jurisprudenciais e doutrinários no que se refere às relações familiares e sua tutela.

Foi com tal análise que se verificou, no segundo capítulo deste trabalho, de que forma a mera visitação foi paulatinamente deslocando-se em direção à concepção da convivência familiar como direito da criança e do adolescente. E isto porque, como visto logo após tais considerações, vários são os riscos relativos a um processo de socialização familiar incompleto, tendo o presente trabalho se focado na alienação parental enquanto situação patológica e patogênica inerente aos regimes de guarda, sendo a guarda compartilhada uma forma de coibir tal quadro. Por fim, vislumbrou-se a importância da equipe interdisciplinar enquanto mecanismo a serviço do Direito, cuja função seria captar a realidade naqueles campos do saber em que o Direito requer a sensibilidade de outros olhares.

No terceiro e último capítulo deste estudo, foi analisada a guarda em específico, tanto na compreensão de sua natureza como atributo do poder-dever familiar, quanto em suas modalidades, focando-se tal análise no modo compartilhado de seu exercício. Com o fito de constatar a consonância que tal regime possuiria com as transformações sofridas pelo Direito de Civil a partir de sua constitucionalização, nomeadamente no que se refere à concepção eudemonista da família, cindiu-se o cotejo de tal modalidade de guarda em duas frentes.

Primeiramente, em sua coerência para com o atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente, ligando-se tal necessidade à leitura

atualizada do direito à convivência. Finalmente, em sua perspectiva de realização da igualdade de gênero nos deveres inerentes à filiação, constatando-se que a guarda compartilhada teria grande potencial na distribuição das tarefas relativas à criação e cuidado afetivo e material da criança e do adolescente entre a mãe e o pai. Nas elucidativas palavras de Paulo LÔBO:

São evidentes as vantagens da guarda compartilhada: prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, prioriza o poder familiar em sua extensão e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, bem como a diferenciação de suas funções, não ficando um dos pais como mero coadjuvante, e privilegia a continuidade das relações da criança com seus dois pais.¹⁵⁵

Parece claro, portanto, que a guarda compartilhada representa um forte avanço no sentido de trazer ao Direito demandas de uma realidade extremamente desigual, seja no plano simbólico, seja no plano social, no que diz respeito ao direito de convivência da criança e do adolescente e à realização da igualdade entre mulher e homem no exercício do cuidado para com aqueles. Porém, impende fazer uma última ressalva, pois, como constata Pierre BOURDIEU:

É preciso realmente perguntar-se quais são os mecanismos HISTÓRICOS que são responsáveis pela DES-HISTORICIZAÇÃO e pela ETERNIZAÇÃO das estruturas da divisão sexual e dos princípios de divisão correspondentes. Colocar o problema nestes termos é marcar um progresso na ordem do conhecimento, que pode estar no princípio de um progresso decisivo na ordem da ação. Lembrar que aquilo que, na história, aparece como eterno, não é mais que o produto de um trabalho de eternização que compete a instituições interligadas, tais como a família, a igreja, a escola, e também, em outra ordem, o esporte e o jornalismo (...). É reinserir na história e, portanto, devolver à ação histórica, a relação entre os sexos que a visão naturalista e essencialista dela arranca (...).¹⁵⁶

É neste sentido que, finalizando o presente estudo, aponta-se para a necessidade de uma perspectiva mais ampla no que se refere às situações que cercam a realidade das guardas. A pouca incidência da guarda compartilhada em nossa prática não se refere tão somente à sua novidade, senão espelha um problema mais amplo, ligado a uma estrutura patriarcalista e dissonante para com a principiologia igualitária de nossa Constituição. Principiologia esta cuja marca distintiva no Direito de Família encontra-se na visão familiar eudemonista, uma vez

¹⁵⁵ LÔBO, P. Obra citada. p. 201.

¹⁵⁶ BOURDIEU, P. Obra citada. Prefácio à edição alemã. (Grifos no original)

que, para além do resguardo do patrimônio, a função do Direito neste âmbito tão sensível e precioso da vida seria, justamente, a de guardar direitos e compartilhar deveres, garantindo, no sentido mais profundo da palavra, justiça.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Jones Figueirêdo. Psicologia aplicada ao Direito de Família. **Revista Jus Navigandi**. Teresina: ano 7, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2740>>. Acesso em: 4 dez. 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARSÊNIO, Julieta. **Síndrome de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/sap/artigos/670-sindrome-de-alienacao-parental?format=pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

BADINTER, Elisabeth. **O conflito, a mulher e a mãe**. Tradução de Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Record, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Tradução de Maria Helena Kühner. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1998.

_____. Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941. **Dispõe sobre a organização e proteção da família**. Brasília, 1941.

_____. Decreto-Lei nº 9.701, de 3 de setembro de 1946. **Dispõe sobre a guarda de filhos menores, no desquite judicial**. Brasília, 1946.

_____. Mulher no Mercado de Trabalho: Perguntas e Respostas. In: IBGE. **Pesquisa Mensal de Emprego - PME**, 8 mar. 2012. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2012.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, 1916. Revogada pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**. Brasília, 1962.

_____. Lei nº 5.582, de 16 de junho de 1970. **Altera o artigo 16 do Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família.** Brasília, 1970.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil.** Brasília, 1973.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.** Brasília, 1977.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Brasília, 1990.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, 2002.

_____. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.** Brasília, 2008.

_____. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Brasília, 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Família - Direito de Visitas - Regulamentação. Agravo de Instrumento 0422033-96.2011.8.13.0000. Relator: Desembargador Washington Ferreira. 4 de outubro de 2011. In: **Juris Plenum Ouro**, n. 23, jan. 2012.

BRETAS, Hugo Rios. Microsistemas e suas interações: em busca de uma Teoria Geral dos Microsistemas. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9230&revista_caderno=27>. Acesso em: 2 dez. 2012.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

CIRIZA, Alejandra. A propósito de Jean Jacques Rousseau: contrato, educação e subjetividade. In: Atílio A. Boron (Comp.). **Filosofia Política Moderna**: de Hobbes a Marx. São Paulo: Clacso, 2006, p. 81-111.

CUENCA, José Manuel Aguilar. O uso de crianças no processo de separação. **Revista Lex Nova**, out./dez. 2005. Tradução de Cristina Federici. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94012-Josémanuel.htm>>. Acesso em: 1º dez. 2012.

DARNALL, Douglas. **Uma definição mais abrangente de Alienação Parental**. Tradução de Paulo Mariano Lopes. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94003-umaanalise.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

DEVICHI, Jacqueline Rubellin. Los derechos del niño y su familia en el derecho positivo frances. **Derecho de Familia**: Revista Interdisciplinaria e Doctrina Y Jurisprudencia. Buenos Aires: v. 4, 1990.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, _____. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94013-berenice.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2012.

EHRLICH, Eugen. O estudo do direito vivo. In: Cláudio Souto e Joaquim Falcão. **Sociologia e direito**: leituras básicas à sociologia. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1980.

FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. In: Ricardo Pereira Lira (Coord.). **Curso de Direito Civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, _____. Projeto do Código Civil – Direito de Família. **Revista CEJ**. v. 3, n. 9, set./dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/233/395>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

FACHIN, _____. **A “Reconstitucionalização” do Direito Civil Brasileiro: Lei Nova e Velhos problemas à Luz de Dez Desafios**. Curitiba, 6 out. 2004. Palestra proferida na 9ª Conferência do VI Simpósio Nacional de Direito Constitucional

promovido pela ABDConst. Disponível em:
<http://www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2022.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2012.

FACHIN, _____. Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do Novo Código Civil Brasileiro – Intermitências da Vida. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, n. 6, out./nov. 2008. Disponível em: <<http://saiddias.com.br/imagens/artigos/8.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

FONSECA, Priscila Corrêa da. Síndrome de Alienação Parental. **Revista IBDFAM**. ano 8, n. 40, fev./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/sap/mais-a-fundo/821-sindrome-de-alienacao-parental>>. Acesso em: 2 dez. 2012.

FREITAS, Marcel de Almeida. **A interdisciplinaridade na interface da psicologia jurídica aplicada ao direito**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/126>>. Acesso em: 4 dez. 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das Relações de Parentesco. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 101-131.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada – a tutela do poder familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GROENINGA, Giselle Câmara e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise**. São Paulo: Imago, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Tendências do Direito Civil no Século XXI**. Belo Horizonte, 21 set. 2001. Palestra proferida no Seminário

Internacional de Direito Civil promovido pelo NAP da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG. Disponível em: <http://direitodefamilia.tempsite.ws/2008/artigos_pdf/Giselda/Tendencias.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

LACERDA, Marina Basso. A gênese da divisão público/masculino e privado/feminino no discurso legitimador do Estado moderno e a incorporação de temas “domésticos” na agenda política. In: **Fazendo Gênero**, n. 8, p. 2. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST28/marina_basso_lacerda_28.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2012.

LAGRASTA, Caetano. O que é a Síndrome da Alienação Parental. **Revista Consultor Jurídico**. set. 2011. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/11000-caetanolagrasta.htm>>. Acesso em: 1º dez. 2012.

LECLERQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**. São Paulo: Ed. Herder e Ed. da USP, 1967.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 177-189.

LÔBO, _____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. **Revista Jus Navigandi**. Teresina: ano 7, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 2 dez. 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

MANNRICH, Anderson. **Do direito de visitas à convivência**: o direito contemporâneo em busca da tutela das relações familiares. Curitiba, 2012, 51 f. Monografia (Especialização em Direito) - Curso de Preparação à Magistratura da Escola da Magistratura do Paraná.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As Famílias não Fundadas no Casamento e a Condição Feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3. ed. Coimbra: Estampa, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, v. 1, 1991. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

MOURA, Mário Aguiar. Guarda do filho menor. **AJURIS**. Porto Alegre: n. 19, 1980.

ONU. **Convenção sobre os Direitos da Criança**, adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm>. Acesso em: 29 nov. 2012.

PELUSO, Antônio Cezar. O menor na separação. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: Aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito, amor e sexualidade. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG e Del Rey, 2000.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e condição feminina. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção de novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

PODEVYN, François. **Síndrome de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>. Acesso em: 1º dez. 2012.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Alienação Parental. **Revista Carta Forense**. out. 2011. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/11000-alienacaoparentalpatriciapimentel.htm>>. Acesso em: 1º dez. 2012.

REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil**: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.

REIS, Luís Eduardo Bittencourt dos. **Paternidade consciente, o novo homem e a guarda compartilhada**. Parte 2-2. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/artigos/365-paternidade-consciente-o-novo-homem-e-a-guarda-compartilhada-parte-2-2?format=pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e Função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito civil brasileiro. Curitiba: UFPR, 2009.

SABSAY, Leticia. **Fronteras sexuales: espacio urbano, cuerpos y ciudadanía**. 1. ed. Buenos Aires: Paidós, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. v. I, 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS NETO. José Antônio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

SOUZA, Euclides de. **Alienação parental, perigo iminente**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/sap/artigos/204-alienacao-parental-perigo-iminente?format=pdf>>. Acesso em: 2 dez. 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional. In: Gustavo Tepedino. **Temas de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 391-428.

TEPEDINO, _____. Normas Constitucionais e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goytacazes: ano IV, n. 4 e ano V, n. 5, 2003-2004. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

TEPEDINO, _____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Gustavo Tepedino. **Temas de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-22.

TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. São Paulo: Nobel, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Parte Geral. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.